



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

Estudio General del Delito de Lavado de Activos en el Derecho Penal Ecuatoriano y de sus Nuevas Formas de Presentación

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de:
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesora Guía:
Dra. Johana Pesántez Benítez

AUTOR:
DANIEL FABRICIO RIVERA CARBO

Año
2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Johana Pesántez B
Doctora en Jurisprudencia
C.I.: 170788779-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Daniel Fabricio Rivera Carbo

C.I.: 171961395-0

AGRADECIMIENTOS

Ha Dios primeramente por todas la bendiciones recibidas, a mi familia por todo su apoyo, su confianza, su comprensión, y amor, ya que sin ellos no sería posible esta nueva meta obtenida, gracias a mis padres por creer en mi; a mis hermanos en especial a Patricio que no se encuentra entre nosotros, pero del cual se que estaría muy orgulloso de verme como un profesional, del que siempre tuve consejo y apoyo, a mi hermana Michelle también por su ayuda.

A la Universidad de las Américas, a mis profesores y maestros de quienes recibí valiosos conocimientos y consejo, en especial a mi primer profesor el Dr. Hernán Salgado, así como a la Dra. Johana Pesántez por su valiosa e imprescindible ayuda como profesora guía de la presente tesis por ser un ejemplo a seguir, una persona integral llena de principios y valores; y de quienes tuve el honor de ser alumno, a quienes respeto y admiro.

DEDICATORIA

A mi familia por ser ese modelo de amor, unidad y respeto que tanto admiro, a mi madre Matilde Carbo y a mi padre Juan Rivera porque me enseñaron una lección de vida, a mis hermanos pero en especial a mi hermano Patricio, modelo de vida, honestidad y servicio a los demás.

A quienes son víctimas de este delito tan nefasto en nuestra sociedad, tanto en su ámbito social, como económico; por sus repercusiones y todos los efectos relacionados que conlleva el mismo.

RESUMEN

El presente trabajo surge de la necesidad de estudiar dogmáticamente el delito de lavado de activos, su origen delictivo y criminal, concepto, fases del proceso, nuevas formas de presentación en la sociedad y sanciones en el derecho penal ecuatoriano, así como la propuesta acorde a la realidad que vive nuestro país, para así lograr una eficaz prevención y represión de este delito y de otros delitos asociados como los son el narcotráfico, el tráfico de armas, el terrorismo, entre otros, que afectan a países y regiones enteras dejando como consecuencias grave daño social, en la seguridad interior del Estado causada por el crimen organizado, y económicamente en la libre competencia, la estabilidad del sistema financiero, y al fisco; como ha sucedido en el Ecuador en los últimos años.

Así se desarrolla el presente trabajo en cuatro capítulos:

En el primer capítulo se realiza un análisis dogmático del delito de lavado de activos, para definirlo, características esenciales, los factores que han favorecido esta actividad delictiva, naturaleza jurídica, y las fases de las cuales se integra este delito.

En el segundo capítulo se analiza la Ley de Prevención, Detección y Erradicación de Delitos de Lavado de Activos y el Financiamiento de Delitos, tanto su antecedente y evolución hasta la actualidad, así como su estructura, consecuencias y la situación en el Ecuador a la puesta en vigencia de la ley.

En el tercer capítulo se desarrolla la influencia de las normas supranacionales en nuestro derecho penal, sus antecedentes y de que tratan estas normas; y su relación con el tema de estudio.

En el cuarto capítulo se trata de las nuevas formas de presentación del delito de lavado de activos, con casos emblemáticos en el mundo, la aplicación de la justicia internacional, así como la extraterritorialidad del lavado de activos; y un

tema muy importante que es la responsabilidad de las personas jurídicas en el Ecuador y el mundo.

Se concluye que el Ecuador requiere urgentemente de reformas integrales y hasta lograr este objetivo, se deben tomar medidas necesarias para una efectiva realización de la justicia respecto del delito de lavado de activos.

ABSTRACT

The present work is the result of the need to study dogmatically the crime of assets laundry, its criminal origin, its concept, phases of the process, new forms of presentation of this crime in the society and the punishments applied by the Ecuadorian law, as well as a proposal according to the reality that our country faces, so that we can achieve an effective prevention and control of the crime of assets laundry and other crimes related to this such as drug traffic, arms traffic, terrorism, among others, that affect entire countries and regions leaving as consequences big social damages to the State domestic security as result of the organized crimes; economically, it affects the free competition, the stability of the financial system, as it has happened in Ecuador in the last years.

Thus, the present research paper has been developed in four chapters:

In the first chapter, a dogmatic analysis of the assets laundry is carried out, to define its main characteristics, the factors that have favored this criminal activity, its law nature, and its phases.

In the second chapter, it is analyzed the Prevention, Detection and Eradication of Crimes of Assets Laundry and the Financing of Crimes, its antecedents and evolution up to the present time, as well as its structure, consequences and the situation in Ecuador when the law enters in action.

In the third chapter, the influence of the supra national norms in our law system is analyzed, their antecedents and their content and their relation with this topic.

In the fourth chapter, the new forms of presentation of this crime are analyzed, with exemplifying cases of the world, the application of international justice, as well as its extraterritoriality and a very important topic, which is the responsibility of the people in the world and in Ecuador.

As a conclusion, Ecuador requires integral reforms urgently and until we achieve that, the needed measures must be taken so that effective justice is applied regarding the assets laundry crime.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
1 NOCIONES GENERALES REFERENTES AL LAVADO DE ACTIVOS	3
1.1 CONCEPTO LAVADO DE ACTIVOS	3
1.1.1 Concepto Doctrinal	3
1.1.2 Concepto Legal.....	5
1.1.3 Características Esenciales del Lavado de Activos.....	8
1.1.3.1 El Carácter Internacional del Lavado de Activos.....	9
1.1.3.2 Volumen del Fenómeno	10
1.1.3.3 Profesionalización	11
1.1.3.4 Variedad y Variación de las Técnicas Empleadas	11
1.1.4 Factores que han favorecido el Lavado de Activos.....	13
1.2 NATURALEZA JURÍDICA	15
1.3 FASES DEL PROCESO DE LAVADO DE ACTIVOS.....	16
1.3.1 Cuestiones Preliminares	16
1.3.2 Fase de Colocación u Ocultamiento	17
1.3.3 Fase de Ensombrecimiento, Conversión o Decantación	19
1.3.4 Fase de Integración o Reinversión	21
CAPÍTULO II	24
2 LEY DE LAVADO DE ACTIVOS	24
2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMA.....	24
2.2 ESTRUCTURA DE LA LEY	27
2.2.1 De la Finalidad y Objetivos	32
2.2.2 Unidad de Análisis Financiero.....	32
2.2.2.1 Deberes y Obligaciones de las Instituciones Financieras y de Seguros.....	33
2.2.2.2 Medidas de Control	34
2.2.3 Integrantes del Consejo Nacional de Lavado de Activos	34
2.2.4 Régimen Penal Administrativo	35
2.2.5 Obligaciones del Sector Público y Privado	35
2.2.6 Medios de Comunicación.....	36

2.3	SITUACIÓN DEL ECUADOR A LA PUESTA EN VIGENCIA DE LA LEY	36
2.4	ANÁLISIS DE SANCIONES	39
2.4.1	Pena de Prisión.....	39
2.4.2	Pena de Multa.....	40
2.4.3	Comiso Especial	40
2.5	NECESIDAD DE REFORMA DE LA LEY ACTUAL.....	41

CAPÍTULO III..... 44

3 LEY DE LAVADO DE ACTIVOS FRENTE A OTRAS LEGISLACIONES 44

3.1	LA INFLUENCIA DE LAS NORMAS SUPRANACIONALES EN NUESTRO DERECHO PENAL	44
3.2	ANTECEDENTE INTERNACIONAL.....	45
3.2.1	Convención de Viena 1988.....	46
3.2.2	Convenio de Estrasburgo de 1990.....	47
3.2.3	Reglamento Modelo de la OEA.....	48
3.2.4	Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional	49
3.2.5	Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera.....	49
3.3	RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	50
3.3.1	Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).....	50
3.3.1.1	Principios Generales	52
3.3.1.2	Medidas que deben tomar las Instituciones Financieras, los Empresarios y Profesionales no Financieros para impedir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo	53
3.3.1.3	Otras Medidas para impedir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.....	55
3.3.1.4	Medidas a adoptar con respecto a países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o se las aplican Insuficientemente	56
3.3.1.5	Medidas Institucionales y de otros tipos destinadas a combatir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo	56
3.3.1.6	La Cooperación Internacional	57
3.3.1.7	Recomendaciones Especiales contra la Financiación del Terrorismo	58

CAPÍTULO IV	60
4 DE LAS NUEVAS FORMAS DE PRESENTACIÓN DEL DELITO	60
4.1 LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL LAVADO DE ACTIVOS	61
4.1.1 El caso Español: Reconocimiento de la Justicia Universal para los casos de lavado de dinero (Artículo 301, Párrafo 4º del Código Penal Español).....	65
4.1.2 El caso de los Estados Unidos: Análisis del reciente fallo “Pasquantino et al. vs. United States”	66
4.2 APLICACIÓN DE LA JUSTICIA UNIVERSAL PARA LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS	69
4.3 EL DELITO DE FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO	70
4.4 LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	74
4.5 OPERACIONES SOSPECHOSAS	77
4.5.1 Técnicas de Detección.....	79
4.5.2 Métodos de Investigación	81
4.5.3 Sistemas Defensivos	82
CAPÍTULO V	84
5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	84
5.1 CONCLUSIONES.....	84
5.2 RECOMENDACIONES	87
Bibliografía	91

INTRODUCCIÓN

La diferente normativa de los países del mundo han tenido como regla fundamental que “nadie puede mejorar su condición mediante el propio delito” (Ulpiano, Dig. 50, 17, 134), esta declaración nos lleva a concebir el nacimiento de leyes que repriman y eviten que los delincuentes puedan disfrutar de los frutos del ilícito cometido, por cuanto en los años 70, como iniciativa de Estados Unidos promovió un gran combate al lavado de activos respecto de la prevención y represión de este delito ante organismos multilaterales, pero más aún con un gran hito que marco el combate a estas actividades ilícitas fue el 11 de septiembre del 2001, en donde actividades delictivas como estas se convirtieron en financiadoras de estos eventos catastróficos terroristas, que causan a la civilización grandes daños económicos y sociales.

Como veremos en nuestro país por estar situado en una zona de producción y tránsito de sustancias estupefacientes, sino también por la moneda de circulación lo convierte en un país atractivo para el cometimiento de este delito en una de sus primeras posturas el Ecuador en su Art. 77 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas antes de su reforma, publicada en el R.O. de 15 de Octubre de 1997 incluyo las posibles formas o modalidades del este delito en un principio siguiendo las recomendaciones que hacia la doctrina internacional sobre este tema.

Pero esta norma no tuvo ni el alcance ni la eficacia esperada, es así que el 18 de octubre del 2005 con R.O. No. 127 se publica la primera Ley para Reprimir el Lavado de Activos en el Ecuador, esta norma penaliza el lavado de activos producto de cualquier clase de delitos y además introdujo otros novedosos conceptos de la doctrina internacional como la creación de la Unidad de Inteligencia Financiera y del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos; sin embargo como también será analizado en este trabajo, la norma requiere de urgentes adecuaciones para disminuir sus efectos en nuestra sociedad, a fin de concretar un eficiente y eficaz combate a este creciente delito transnacional.

A cinco años de vida de esta ley me pregunto si ¿Esta reciente normativa a tenido la eficacia esperada?, ¿Hemos logrado disminuir el cometimiento de estos delitos?, ¿Hemos logrado el avance esperado con esta ley?; solo se trata de una normativa que muy poco se aplica en el país, de la que muchos administrados de justicia no tienen claro su alcance por la forma muy superficial en la que fue dictada, con fecha 4 de junio de 2010 se ha presentado un Proyecto de Ley Reformativa en las que se pretende corregir esas deficiencias de la ley pero esta vez, haciendo una revisión a la luz de la experiencia.

Pero lo que resulta necesario en nuestro país que se adopte una posición más ágil y expedita respecto de la penalización del lavado de activos, esto resultando necesario por la facilidad que da el dólar americano en nuestro país para esta actividad delictiva, nuestro país ya ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en el año 2002, así como el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo publicada en el R.O. No. 257 de 22 de enero de 2004, razón por la cual cuyo textos han sido declarados Ley de la República.

Todos estos aspectos serán analizados en el desarrollo de este trabajo, para lo cual realizaremos una investigación teórica y práctica en la medida de lo posible ya que en nuestro país la legislación y el desarrollo de jurisprudencia y dogmática es elemental por lo que tratare de realizar un estudio que genere un aporte a nuestro país respecto del lavado de activos.

CAPÍTULO I

1 NOCIONES GENERALES REFERENTES AL LAVADO DE ACTIVOS

1.1 CONCEPTO LAVADO DE ACTIVOS

1.1.1 Concepto Doctrinal

El término de lavado de activos es muy amplio en su sentido. En países anglosajones se utiliza la expresión lavado de dinero (*Money Laundry*), en Francia *blanchissage*, en Alemania *geldwascherei*. Al parecer el término lavado de activos procede de la jerga del hampa y se originó en la utilización de organizaciones criminales en Estados Unidos, de unas cadenas de lavanderías para legalizar dinero procedente de actividades ilícitas utilizándose por primera vez en el ámbito judicial en dicho país en el año de 1982, con cierta lógica el dinero procedente de estas actividades es un dinero sucio y su circulación a la legalidad puede calificarse de lavado o blanqueo.

Algunos autores proponen denominaciones alternativas mas ajustadas a la realidad como naturalización, conversión o normalización, entre otras. En cuanto a que se entiende por blanqueo de capitales, casi todas las doctrinas coinciden en esto, así por ejemplo Díez Rípolles dice que son “procedimientos en los que se aspira a introducir en el tráfico económico-financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando así un disfrute de aquellos jurídicamente in cuestionados”.¹

¹ Díez, Ripollés. (1994): El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. Actualidad penal. N° 32. Pág. 609.

Gómez Iniesta define que el blanqueo de capitales como “aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económicos-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita”. Añadiendo que el objeto de la acción del delito es tanto el dinero en efectivo como también los bienes que fueron adquiridos con el, sean estos mueble o inmuebles”.² Blanco Cordero define al blanqueo de capitales como “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”.³

Autores como Miguel Bajo Hernández nos dan un concepto entendido como el conjunto de “actividades y procedimientos articulados para la ejecución de operaciones reales y artificiales combinadas que concluyan en la legalización de capitales cuyo origen es ilícito”.⁴

Otra definición importante de destacar es la del especialista Gabriel Adrisola, quien dice que se trata de una “actividad dirigida a disfrazar como lícitos fondos derivados de una actividad ilícita donde se trata de ocultar dichos fondos a sus reales titulares y devolverlos al mercado de dinero, bienes y servicios, con la apariencia de haber sido generados en una actividad o inversión legítima”.⁵

Raúl T. Escobar nos da una definición amplia de este tipo penal que nos dice “es un procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas (armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos, y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico), son reciclados al

² Gómez, Iniesta. (1996): El delito de blanqueo de capitales en el derecho español. Barcelona. Cedecs Editorial. Pág. 21.

³ Cordero, Blanco. (1997): El delito de blanqueo de capitales. Aranzadi. Pág. 92-101.

⁴ Hay autores como Miguel Bajo Hernández (Política Criminal y Reforma Legal....) que se muestran especialmente críticos con esta denominación, en la legislación a tomado una denominación de conversión o transferencia de bienes.

⁵ Adriasola, Javier. (1994): El nuevo derecho sobre tóxicos y el lavado de dinero de la droga. FCU. Montevideo. Pág. 11.

circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardidés tan heterogéneos como tácticamente hábiles”.⁶

En estas definiciones citadas podemos encontrar una serie de elementos similares tanto así que no difieren unas de otras solo levemente según el bien jurídico que el autor considera debe proteger la legislación penal, siempre citando elementos como dinero de actividades ilícitas que desea ser llevado al sistema legal e introducido en la economía para evitar su posterior rastreo por parte de los controles de la ley, observaciones que algunos consideran importantes y que deben ser tomadas en cuenta por cuerda separada, en la primera la ocultación de estos bienes de dudosa procedencia y los que creen que lo fundamental de este tipo penal está en la reintegración de estos en la economía de los países, debido a los efectos que produce esta actividad en el sistema económico. Así como también autores que enfocan a este tipo penal como un delito autónomo y no conexo como nuevas definiciones lo enfocan en la actualidad, e incluso como una conducta grave de encubrimiento.

1.1.2 Concepto Legal

Luego de haber analizado los conceptos doctrinales es importante tomar en cuenta las normas legales vigentes en aquellos países que han optado por reprimir y sancionar estas actividades, en este sentido cabe mencionar definiciones como la de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 20 de diciembre de 1990 en su artículo 3 o el artículo 6 del Convenio de Europa sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Confiscación de los Productos del Delito de 8 de noviembre de 1990 (Convenio de Estrasburgo).

⁶ Escobar, Raúl. (1992): El crimen de la droga. Tóxicos. Depresores. Estimulantes. Drogadicción. Narcotráfico. Lavado de Dinero. Sida. Mafias. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Pág. 381.

La directiva de la Unión Europea 2005/60/CCE, de 26 de octubre, señala en su artículo 1, a efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se consideraran blanqueo de capitales:

- a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;
- b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- c) La adquisición, posesión o utilización de bienes a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;
- d) La participación en alguna de las actividades mencionadas en la letras precedentes, la asociación para cometer este tipo de delitos, las tentativas de perpetuarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas, o de facilitar su ejecución.

Y añade el mismo artículo que se considerara que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en un tercer país.

En el derecho ecuatoriano debemos mencionar la legislación especial la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, así como también la Ley de Sustancias

Estupefacientes y Psicotrópicas en su artículo 77, además de otras disposiciones legales, algunas de carácter administrativo, como son las que emanan de la Superintendencia de Bancos.

Todos estos contenidos van dirigidos a la prevención y sanción del blanqueo de capitales y lo que en consecuencia busco es precisar que tipo de actos podemos considerar a efectos de la norma como lavado de activos y cuales son los delitos generadores de dichos capitales, así como determinar el ámbito de las mismas, las posturas e intereses para si buscar una necesaria claridad y mejoramiento de nuestras normas legales.

Por ende las definiciones de este tipo penal irán evolucionando a la par de la presentación de las diferentes modalidades del lavado de activos, así podemos considerar infinidad de combinaciones de posibles definiciones.

Así podremos definir a esta actividad como lavado de activos o divisas, legitimación de activos, reciclaje de capitales, blanqueo de bienes o popularmente “lavado de dinero” terminología anglosajona en fin cualquiera de estos términos utilizaremos en el contexto del presente trabajo que nos ayudaran a definir esta actividad delictiva.

A este tipo de delito siempre se lo ha vinculado con la asociación de otros de igual naturaleza como lo son tráfico de armas, trata de blancas, contrabando, narcotráfico, y hasta algunos autores la evasión tributaria. Pero todos estos delitos tienen tal organización que rompen fronteras y pasan a ser delitos transnacionales; y no solo de la esfera delictiva sino también con conexiones con los actos como los de corrupción, cohecho, peculado y concusión; ya que en nuestro país la corrupción tiene altos índices en los funcionarios públicos que son tentados por las inmensas fortunas de origen ilícito que les son ofrecidas.

1.1.3 Características Esenciales del Lavado de Activos

Basándose en datos procedentes de fuentes norteamericanas y de estudios del GAFI, así como por su parte, citando información periodística que decía reproducir datos de INTERPOL, Blanco Cordero⁷ y Fondo Monetario Internacional (FMI) se han preocupado por vincular las características del lavado de activos como se produce en la actualidad en el mundo y casi todos coinciden en resaltar con mayor o menor énfasis las siguientes:

- El carácter internacional del lavado de activos.
- El volumen alcanzado por esta actividad, lo que la convierte en una de las más preocupantes a nivel mundial.
- La profesionalización de las organizaciones dedicadas al blanqueo.
- La gran variedad de modus operandi para su cometimiento.
- La gran cobertura de esta actividad delictual en diferentes y variadas actividades económicas.

El lavado de activos se ha facilitado y favorecido en nuestro país por el dólar americano y por las tendencias de la globalización como fenómeno negativo al brindar caminos para la transnacionalización de esta actividad por medio de las sociedades de negocios internacionales, la economía mundial en los últimos años, la internacionalización del sistema financiero y el sigilo bancario en especial, la liberalización de movimientos de capital, la aparición y el desarrollo de nuevas tecnologías, el desarrollo de las telecomunicaciones, y la existencia de paraísos fiscales como Panamá y Suiza; factores que han contribuido al desarrollo del lavado de activos tanto en Latinoamérica como en el mundo.

⁷ Cordero, Blanco. (1997): Op. Cit. Pág. 55.

1.1.3.1 El Carácter Internacional del Lavado de Activos

Desde hace mucho tiempo que el fenómeno delictivo del lavado de activos atravesó las fronteras nacionales de nuestros países, aunque la mayoría de autores especialistas en este tema siempre consideraron que este delito nunca tuvo fronteras, que se considero como una actividad delictual internacional ya que es inusual que el dinero negro sea blanqueado en el país que se origino, esta evidencia ya nadie lo discute en este ámbito hoy en día.

Hoy en día muchos blanqueadores utilizan técnicas para el desplazamiento de capitales hacia otros países con ayuda de la tecnología, de productos financieros de bancos de paraísos fiscales e instrumentos legales como las sociedades de negocios internacionales donde estas sociedades son el vehículo por el cual se dirigen estos capitales, en fin muchas otras más. Pero todas estas las podemos simplificar en una: “la movilidad de los fondos de un país a otro dificulta la persecución por parte de las autoridades y facilita por tanto su encubrimiento”. Por tanto nuestro país se convierte por su escasa y permisiva legislación en un país atractivo para esta actividad y más aun cuando los recursos con los que cuenta la administración de justicia son escasos, así convirtiendo a Ecuador en un lugar preferido para estas operaciones delicadas y vulnerables del lavado de activos

La coordinación internacional para la lucha del delito de lavado de activos aunque creciente y ya importante; a mejorado y desarrollado instrumentos e instituciones internacionales para hacer más efectiva su represión es insuficiente contra los medios y diferentes formas que se utilizan para el lavado de activos, ya que este delito tiene una particularidad que no se puede definir su tipología penal de una forma que abarque sus características plenamente, lo que da lugar a vacíos legales que son aprovechados por estas organizaciones delincuenciales y es todavía insuficiente para un control eficaz.

1.1.3.2 Volumen del Fenómeno

Como ya hemos dicho anteriormente sobre las cantidades de dinero que los lavadores de activos generan con esta actividad ilegal son enormes volúmenes de capitales que van desde unos pocos miles de dólares a unos cientos de millones de dólares y en aumento, pero lo que más interesa es destacar la magnitud de este fenómeno delictivo, una característica esencial del mismo con connotaciones cualitativas y no tanto cuantitativas por su nueva naturaleza, ya que dependiendo de la dimensión que alcanzan las técnicas de lavado de activos también cambian pasando de una organización de principiantes a una profesional con una estructura con asesores, profesionales de diferentes especialidades que con conocimiento de causa realizan estos ilícitos, colaboradores, cómplices y encubridores con tareas asignadas en las más variadas actividades y estamentos; conexiones internacionales entre empresas vinculadas e instituciones financieras en diversos países que operan entre sí, bajo una apariencia de legalidad, con toda una organización compleja, amplia, sofisticada y costosa que permite a esta actividad mover a gran escala millones de millones de dólares en nuestras economías.

Las grandes cantidades de dinero que genera esta actividad tienen como destino la compra de conciencias en complicidades o pasividades que faciliten el curso de esta actividad, anulando todo esfuerzo vertido por los funcionarios públicos y de administración de justicia para la lucha contra el lavado de activos y sus actividades afines, tanto es así el descubrimiento de casos de corrupción y de infiltración de las organizaciones de lavadores de dinero en estamentos a todo nivel en el Estado y sus organismos de represión como la administración de justicia y fiscalía incluso de altos funcionarios de Estado. Pero este gran volumen de dinero es lo que a puesto a esta actividad al descubierto, ya el blanqueo a gran escala deja rastro en los sistemas financieros del país en que lo realizan detalles difíciles de borrar, y siendo necesario que uno de sus colaboradores caiga para así poder desarticular toda una organización, aunque en la actualidad los modus operandi de estas organizaciones han evolucionado

operando a través del sistema de hormiga lavando pequeñas cantidades de forma periódica.

1.1.3.3 Profesionalización

Siendo esta actividad una de las más grandes dentro del mundo ilegal por su gran volumen de manejo de dineros negros, la convierte en uno de los mayores negocios del mundo y en una de las actividades internacionales que disponen de organizaciones y medios con un alto nivel profesional a fin de crear técnicas y procedimientos de blanqueo que deben de ser necesariamente sofisticados para poder evitar toda acción que anule el curso de sus actividades, mismas que deben estar en constante cambio de métodos y procedimientos periódicamente por parte de los países que reprimen el lavado de activos, ya que sus organismo trataran de identificarlos y neutralizarlos por todos los medios en los que se desarrolle.

1.1.3.4 Variedad y Variación de las Técnicas Empleadas

Las técnicas y métodos utilizados por los blanqueadores de capitales son muy variados y de constante adelanto en la medida que organismos gubernamentales localizan y neutralizan los medios y vías existentes para su cometimiento, de estas técnicas se hablara y se desarrollaran más adelante.

Pero se quiere recalcar que los lavadores de dinero tienen una especial puerta de enlace y vía en el sistema financiero, pero que también no se puede descuidar que también casi cualquier actividad económica es apta con fines de blanqueo, ciertas actividades y sectores de la economía ecuatoriana se constituyen en sectores idóneos para la ejecución de esta actividad, sectores en los cuales comunes a la utilización de billetes u otros instrumentos al portador como medio de pago, como las casas y oficinas de cambio de moneda, salas de casino, locales de joyería, arte y antigüedades, pero en especial empresas y entidades que se dedican a la actividad inmobiliaria y

compraventa de inmuebles, aseguradoras e incluso profesionales de las más variadas ramas.

El GAFI en su informe anual de 1995-1996, se constata que como resultado de las medidas en el sector financiero los negocios no financieros han jugado un papel muy importante en el crecimiento de esta actividad, en especial de las casas de cambio de moneda⁸.

La lucha contra el blanqueo de dinero ha provocado dos situaciones en el sistema financiero respecto de sus actores primero que estos creen nuevas formas, vías y procedimientos a través del mismo sistema financiero y que también analicen otras vías en otros sectores de la economía nacional.

El GAFI en sus 40 recomendaciones de la edición 2003 se observa que los métodos y técnicas del lavado de activos evolucionan en respuesta a la medidas tomadas en este documento, tanto así que el GAFI ha percibido un aumento desmedido y sofisticado de las más creativas técnicas y procedimientos empleados con el uso de personas jurídicas para encubrir la titularidad real y el control de bienes y procedencia ilegal con asesoría de profesionales del derecho y las finanzas (notarios, abogados, auditores, contables, asesores tributarios, etc.) que asisten colaborando con esta actividad delictual.

Se ha comprobado que los blanqueadores utilizan en gran medida servicios de asesoramiento legal y financiero de los profesionales antes citados en el párrafo anterior y esto es lo que ha motivado que el GAFI y la Directiva de la CEE tenga como objeto de atención a estos profesionales en sus recomendaciones.

Pero en el informe del GAFI 2005-2006 se analiza especialmente nuevas alternativas como el sistema de remesas que como pudimos observar en

⁸ Gafi. (Juny, 1996): Annual Report 1995-1996. Pág. 7-8.

nuestro país fue recientemente detectado un caso que esta en investigación de la Fiscalía General del Estado de instituciones que reciben estos dineros que son lavados a través de estas instituciones, así como la utilización del sector de los seguros para el lavado de activos y las consecuencias del fenómeno de la inmigración ilegal y del tráfico ilegal de inmigrantes que no son nada nuevo en nuestro país.

1.1.4 Factores que han favorecido el Lavado de Activos

Después de un análisis profundo de los factores que han incidido en el aumento de esta actividad delictiva podríamos explicar la coincidencia de una serie de factores y circunstancias que han facilitado el incremento desmedido del lavado de activos no solo en Ecuador sino en el mundo:

1. La globalización de la economía a facilitado la internacionalización tanto del tráfico de drogas, tráfico de armas, delitos transnacionales que deben encauzar grandes cantidades de dinero hacia el lavado de activos, así como de sus procedimientos, con los procesos de integración que se vienen dando tanto en la Comunidad Europea como en Latinoamérica NAFTA, MERCOSUR, COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES estos han facilitado una mayor movilidad tanto de personas como de bienes, capitales y servicios; y muchos otros que han contribuido a una globalización mundial, en fin la globalización ha traído una liberalización de movimientos tanto positivos como negativos a estas regiones citadas en resultado se tiene una inevitable libertad para actividades de lavado de activos.
2. La falta de control en los movimientos de capital ya que no solo en Ecuador sino en América se ha producido en las últimas dos décadas un proceso de desregulación bancaria que ha reducido y simplificado los sistemas de control financiero, dotando a este mercado de mayor agilidad y flexibilidad en el movimiento de capitales.

3. Las técnicas y sistemas creados por el sistema financiero y bancario respecto de su avance tecnológico en los últimos veinte años cuyas ventajas son evidentes a la vista, ya que se ha logrado agilizar y bajar costos de las transacciones, y por ende se convierten en herramientas para que los blanqueadores oculten sus operaciones. Desarrollo como de la banca electrónica y del sistema SWIFT de ejecución de órdenes de transferencia, banca telefónica, la proliferación de cajeros automáticos, y otros medios tecnológicos. Todos estos avances que en nuestro país se encuentran vigentes y somos usuarios diarios de estos servicios que evitan el contacto cliente- banco evitan el trato personal lo cual era un elemento esencial.

Estos avances que positivamente han mejorado el comercio y las transacciones también se han constituido para el mejoramiento de actividades de lavado de activos ya que estas nuevas tecnologías posibilitan el movimiento de capitales a gran escala de una forma instantánea, remota y anónima; y es aquí donde organismos nacionales e internacionales instan a las instituciones financieras a que tomen una especial preocupación a las amenazas de lavado de activos que surjan a raíz de estas tecnologías.

4. La existencia de paraísos fiscales que han facilitado extraordinariamente el crecimiento del lavado de activos, países donde el régimen fiscal es de escasa o mala tributación, que son utilizados por sociedades de negocios internacionales o particulares de otros países para domiciliar sociedades instrumentales en las que residen sus beneficios. Y el verdadero problema en estos países es que la normativa vigente es muy pobre y ejerce una supervisión mínima sobre instituciones financieras y afines además que permiten el anonimato en las operaciones, y es aquí donde estos países se convierten en parte de un medio muy importante en el sistema de lavado de activos mundial, donde prima el secreto bancario y comercial que permite a los titulares de cuentas bancarios y entidades

comerciales un anonimato total; donde existe una reglamentación permisiva y la supervisión es casi insuficiente frente al número de registros de establecimientos y en donde las reglamentaciones comerciales permiten la constitución de entidades comerciales o gestoras de patrimonio que garantizan el anonimato del beneficiario en el extranjero y con una normativa reducida al mínimo y donde no existen controles previos y pago de impuestos bajos.

En ciertos países del mundo los paraísos fiscales se encuentran enumerados e identificados de tal manera que incluso organismos internacionales como el GAFI crean listas de países de paraísos fiscales y países donde existe un alto grado de lavado de activos.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA

Una vez que hemos definido los términos y los sinónimos de estos, es importante analizar a la naturaleza jurídica del delito de lavado de activos. Como ya se mencionó anteriormente algunos autores consideran al delito de lavado de activos como un encubrimiento agravado por cuanto este supone un beneficio producido por el delito subyacente, según estas corrientes dogmáticas se dice que la diferencia se encontraría en características mucho mas sofisticadas del lavado de activos mas que el encubrimiento como lo consideran los autores españoles, que este novedoso delito se trata de un encubrimiento pero en concordancia con un tipo penal complejo que tiene mayores exigencias para su configuración y algunos de esos elementos serían que el delito de blanqueo de capitales requiere demostrar que los bienes ilícitos que se requieren ocultar son lo suficientemente idóneos como para adquirir una nueva apariencia legítima y por otra parte que dicha apariencia tenga la aptitud para disimular la procedencia ilícita de manera suficiente como para crear una situación de peligro que pueda afectar el bien jurídico protegido.

La tendencia internacional considera al delito de lavado de activos como un tipo penal independiente que guarda naturaleza jurídica distinta a la del

encubrimiento agravado como lo es en España. Esta postura es la que pregonan instituciones marco en el ámbito internacional respecto de esta materia, como el Grupo de Acción Financiera (GAFI), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario internacional, Naciones Unidas, entre otros y la adoptada por países del *Common Law*, tales como EE.UU., Reino Unido, Canadá y Australia. En relación a la postura dogmática jurídica internacional se analizará y propondrá modificaciones a los diferentes aspectos de la norma penal vigente

1.3 FASES DEL PROCESO DE LAVADO DE ACTIVOS

1.3.1 Cuestiones Preliminares

El Estudio de las distintas etapas del delito de lavado de activos es de relevante importancia a fin de determinar la consumación del delito o en un caso tentado o donde simplemente se realizo actos preparatorios, así como conocer las diferentes conductas delictivas a fin de identificar el tipo penal del lavado de activos.

Estas grandes sumas de dinero que introducen en la economía se ven obligados a transformarlo en dinero susceptible de similar ser legal en una economía, es decir según los expertos que durante la primera etapa donde se produce la colocación es posible detectar y descubrir de donde vienen estos dineros ya que después a su inmediata transformación en las operaciones comerciales resulta difícil encontrar el rastro de las mismas y dar con el ilícito en una fase de integración, ya que esta se encontrara ya transformada y conviviendo en un mercado lícito.

Con el primer acto jurídico lícito comprobable como antecedente se habrá logrado el objetivo y así mismo se habrá culminado en proceso iniciado en la colocación, cabe destacar que las fases son teóricas y ejemplificativas, ya que muchas de las operaciones de lavado de activos se pueden realizar en una

única fase, así como en dos o tres pasos o en muchas etapas más, el proceso de investigación en este delito respecto de sus fases es para facilitar el entendimiento del mismo en sus distintas presentaciones.

A continuación se describirán las fases del lavado de activos en base a la clasificación realizada por el GAFI en el año de 1990, así como en relación a sus 40 recomendaciones donde se desglosa este tema en tres etapas como son la colocación u ocultamiento, ensombrecimiento, conversión, integración o reinversión.

1.3.2 Fase de Colocación u Ocultamiento

Delitos transnacionales como el narcotráfico, corrupción, tráfico de armas, tráfico ilegal de personas, etc., son actividades ilícitas que permiten obtener ganancias en dinero efectivo que son de difícil ocultamiento por sus grandes volúmenes que no son sencillos de manejar, ni de ocultar por ejemplo en el caso europeo de Londres a finales de 1992 la policía londinense encontró en un garaje de veinte metros cúbicos, billetes de curso legal proveniente del tráfico de cocaína colombiana de ventas en toda Europa.

En la primera etapa el objetivo es desvincularse materialmente del dinero en efectivo, para lo cual los blanqueadores de dinero proceden a desplazar el dinero a lugares distintos de donde se obtuvieron y luego efectúan colocaciones parciales para ingresarlo en la economía de un país y hasta el sistema financiero sin que las autoridades puedan advertirlo.

A continuación se describirán algunas de las modalidades de colocación que existen:

1. Uno de los primeros pasos será cambiar los billetes de baja denominación por otros de alta denominación, con el objetivo de reducir el volumen que estos ocupan en espacio.

2. El siguiente paso es realizar colocaciones en el sistema financiero como bancos, casas de cambio, agencias de seguro, cooperativas de ahorro y crédito, inmobiliarias entre otras actividades económicas que son más atractivas a esta actividad delictiva, quienes ofrecen complejas estructuras societarias tendientes a facilitar el trabajo de ocultamiento a sus clientes.
3. En algunos casos para evitar ser descubiertos por la autoridad que vigila el sistema financiero en nuestro país la Superintendencia de Bancos, por disposición de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, disposiciones e instructivos emanados por el CONSEP y demás normas legales, que han definido controles mínimos que deben ser aplicados para prevenir el lavado de dinero referente a montos iguales y que superen los 5.000,00 USD en un mes, para lo cual los lavadores de dinero operan en montos menores a los impuestos por los órganos de control, lo que en algunos países se denomina *smurfing*, actividad tendiente a evitar que la entidad financiera tenga la obligación de informar⁹.
4. Otro mecanismo que se encuentra clasificado dentro de esta primera fase es el envío de efectivo fuera del país de origen, para ser llevado a otros más seguros, siendo el contrabando de estos dineros la forma física para su introducción¹⁰, o mediante el uso de las instituciones financieras, casas de cambio que permiten realizar transferencias financieras fuera de un país sin que quede registrada a nombre de la persona que realizó la operación, en ambos casos resulta económico y poco riesgoso, pues la detección por parte de los órganos de control de algún hecho de contrabando o transferencia de dinero aislado no pone en riesgo la

⁹ La traducción al idioma castellano de la palabra *smurf* sería "pitufo", mientras que su significado jurídico es "fragmentación" o "estructuración". Cabe destacarse que en nuestro país la normativa indica que toda operación superior a los \$5000 dólares americanos deberá ser informada a la autoridad controladora.

¹⁰ El GAFI sugiere que los países miembros deberían instrumentar los mecanismos a fin de impedir el tráfico entre fronteras de sumas de dinero en efectivos superiores a los \$10000 dólares.

organización delictiva del lavado de activos. Sobre esto cabe destacar que el gobierno de los Estados Unidos ha alertado a varios países en varias oportunidades sobre la denominada triple frontera que es donde se realiza a menudo este tipo de contrabandos, que conforman la primera fase de este delito, en relación a las transferencias de dinero de un país a otro sin que queden registrada las operaciones, por lo que el gobierno a hecho intentos por regular esta actividad.

5. Es muy común que se utilice compañías llamadas de papel o con registro en paraísos fiscales también llamadas *shell Co.* Estas compañías adoptan generalmente figuras de asociaciones, fundaciones o simples sociedades *off shore*. Que tienen como su principal objetivo realizar operaciones *off shore*, y como ya se dijo se encuentran situadas en paraísos fiscales donde las regulaciones son pobres y a su vez las normas del secreto bancario dificultan el levantamiento del mismo, y cabe recalcar que los dueños que constituyeron o figuraron en el contrato constitutivo y demás instrumentos jurídicos no son los mismos o no son los verdaderos dueños de las mismas.

1.3.3 Fase de Ensombrecimiento, Conversión o Decantación

Todo dinero proveniente de organizaciones delictivas debe someterse a un ciclo de lavado el cual sea lo suficientemente efectivo como para borrar todo rastro del delito del cual proviene, es decir lograr desvincularlo lo más posible de su origen ilícito. Con este fin el dinero debe ser movido por una serie de caminos comerciales, societarios, etc. lo más extensos y eficaces posibles para lograr su objetivo. El objetivo en esta etapa será desvincular las evidencias que pueden surgir si se produce una investigación sobre los orígenes del mismo, a veces esta fase se puede confundir con la de colocación. Las transacciones más usuales en esta etapa son:

1. Los bienes de venta adquiridos en efectivo en la primera etapa que es la de colocación.
2. La transformación en dinero efectivo que se logra colocar en diversos documentos financieros como por ejemplo cheque de viajero, ordenes de pago, bonos, acciones, participaciones, entre otros títulos valores.
3. Otra de las transacciones más usuales y utilizadas es la conformación de sociedades fantasmas o ficticias en cuyo nombre se abren cuentas bancarias en paraísos fiscales o donde no existen políticas o requerimientos precisos para abrir cuentas conocido como la política "Conoce a tu cliente". Entre países denominados paraísos fiscales se encuentran Uruguay, Panamá, Islas Caimán, Suiza, entre otros donde no se exige revelar la identidad de los accionistas de cuya sociedad se conforma, si no solo siendo necesario revelar la conformación del directorio, por esta razón es muy común encontrar que el directorio de estas sociedades sean conformadas por los mismos abogados que realizan los trámites de inscripción, manteniendo la identidad de los accionistas en un total anonimato, es así que de esta manera se dificulta la labor de la justicia para poder seguir la pista del dinero que se transfiere y se recibe en nombre de estas sociedades. El trabajo de la fiscalía ha dado en numerosas ocasiones con estas denominadas "Sociedades Fantasmas" las cuales se caracterizan por tener muchas actividades económicas, no definiendo así su actividad habitual, para mitigar este tipo de acciones por parte de las empresas es que el SRI propuso a la Superintendencia de Compañías y Seguros el transparentar la información sobre los accionistas de sociedades conformadas en el país, así como definir su actividad habitual dentro de su contrato de constitución; estas entidades fantasmas son las que compran acciones de otras sociedades con dinero proveniente de lavado de activos siendo muy difícil conocer de las personas físicas que desarrollan el blanqueo.

4. En esta etapa es donde los giros bancarios con dinero electrónico se dan a cuenta de estas sociedades o de simples terceras personas que actúan como prestanombres, el lavador aprovechándose de la banca digital favorece el accionar de estas organizaciones criminales transfiriendo dinero de una forma rápida, anónima y de difícil rastreo para los investigadores judiciales.

1.3.4 Fase de Integración o Reinversión

En esta fase es donde el dinero sucio tiene que ser reinvertido dentro del circuito económico legal, es solo de este modo como se podrá disfrutar del dinero sucio como si se hubiese obtenido legalmente. Cabe destacar que la etapa de integración habitualmente se produce en terceros países, muy lejanos de donde se produce el delito y muy probablemente después de haber recorrido varios mercados financieros del mundo.

Muchas veces las etapas de lavado de activos se vuelven difíciles de diferenciar ya que estas se entremezclan haciendo muy difícil su individualización, además intentarlo es casi imposible debido a que con el pasar del tiempo y con el avance tecnológico de nuestra era se hace posible nuevos y más sofisticados mecanismos o procedimientos de integración. Como ejemplos de esta última fase de integración citaremos transacciones como:

1. Las empresas fantasmas constituidas en paraísos fiscales otorgan créditos a otras empresas o personas sobre sus cuentas en el país al que quieren repatriar los fondos ilícitos prestándose en definitiva así mismos, justificando la posesión del capital recibido en calidad de préstamo como derivado de una operación lícita, esta operación permite el lavado de activos no solo del capital si no también de los intereses que produce este. A fin de realizar estos préstamos conocidos como “*back to back*” en las que se recurre a entidades financieras cómplices que colaboran con el lavado de activos en esta maniobra delictiva.

2. Facturas simulando actividad comercial, en este mecanismo es donde se emiten facturas de productos o servicios nunca realizados es decir son ficticios, se realizan facturas con montos sobre valuados en donde el capital obtenido por el supuesto producto o servicio es fruto de una operación lícita.
3. Compra venta de inmuebles, la variación de precios en el mercado inmobiliario favorece la actividad del lavado ya que un inmueble puede ser adquirido por una sociedad constituida en paraíso fiscal y luego ser vendido como fruto de una transacción lícita, es tanto así que el GAFI dice que el rubro inmobiliario es un canal muy utilizado para lavar dinero sucio, este concepto fue reafirmado en el informe de las “Cuarenta Recomendaciones”.
4. Las casas de juego son establecimientos en donde el lavado de activo es atractivo ya que una persona que gano gran cantidad de fichas puede venderlas a otra que intenta lavar su dinero, solicitando a este ultimo al casino que le emita un certificado que indique que tales fichas fueron ganadas por el blanqueador y no realmente por quien las obtuvo; similar operación ocurre cuando una persona que gana la lotería vende su boleto a un tercero por una suma de dinero igual o superior al que cobraría en el billete premiado.
5. Los abogados, contadores entre otros profesionales pueden tener también participación en operaciones de lavado de activos ya que estos pueden disponer del dinero de sus clientes y colocarlo así en cuentas bancarias a su nombre y no a nombre del cliente, actuando como “prestanombres”.
6. En empresas que son compañías en marcha que cuentan con un objeto social operativo es donde se intenta lavar dinero proveniente del ilícito ya que por contar con problemas financieros como fuertes endeudamientos y

falta de capital para expandir su negocio es donde aparecen los que ofrecen una capitalización de la empresa con dinero proveniente del lavado de activos para utilizar estas sociedades como canales efectivos de su actividad.

7. El sector del seguro también puede ser utilizado para las practicas de lavado de activos, ya que mediante la liquidación de falsos siniestros es decir siniestros que nunca ocurrieron es donde normalmente se tratan pólizas de importante valor económico; y además en pólizas vinculadas al seguro de vida y de retiro es donde el cliente puede girar grandes cantidades de dinero a las aseguradoras y retirarlo pagando a un costo muy bajo una multa por devolución, de este modo ocurre el vínculo entre los fondos retirados y la actividad delictiva que los originó.

CAPÍTULO II

2 LEY DE LAVADO DE ACTIVOS

2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMA

El primer antecedente legislativo en esta materia que existió en nuestro país es de enero de 1987 cuando entro en vigencia la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacentes y Sustancias Psicotrópicas que se publicó en el Registro Oficial No. 612 del 27 de enero de 1987, la misma que trata de una serie de normas referidas a variados aspectos del tráfico de estupefacentes y delitos conexos como el lavado de activos proveniente exclusivamente de tal ilícito, la misma que demostró en la practica que era incompleta pues no reflejaba la realidad de nuestro país al finalizar la década de los 80 no reprimía en modo alguno varias conductas delictivas relacionadas con el narcotráfico entre las que estaba el lavado de activos tipo penal que apareció a la vida jurídica de nuestro país y el que se denominó como “conversión o transferencia de bienes”.

La Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas que se publicó en el Registro Oficial No. 523, de 17 de septiembre de 1990 que derogó a la anterior fue expedida por el poder legislativo “Congreso Nacional”, considerando que es necesario armonizar la legislación ecuatoriana con las convenciones internacionales sobre el uso y tráfico ilícito de estupefacentes y sustancias psicotrópicas en las cuales se recogen y afirman las expresiones del preámbulo del Convenio de las Naciones Unidas, suscrito en Viena en 1988. El Art. 77 de la ley 25 publicada en el Registro Oficial No 173-2s, de 15 de octubre de 1997 dispuso la sustitución del inciso primero de dicho artículo.

El Art. 77 busca incluir todo tipo de bienes y productos cuando se incluyen los “... bienes muebles o inmuebles, dineros, valores, o instrumentos monetarios,

documentos bancarios, financieros o comerciales que han sido adquiridos o transferidos a través de la realización de los delitos tipificados en este artículo. La enumeración pretendía cubrir todas las posibles formas en las que se presentaría el futuro delito en aquel tiempo”, para luego resultar insuficiente si tenemos en cuenta que el tipo penal del lavado de activos además del capital deberían quedar comprendidas las ganancias producto de este ilícito así como los rendimientos que procedan de ellas, a medida que avanza el proceso de lavado de activos las ganancias ilícitas pueden transformarse una y otra vez en bienes y servicios de diversa naturaleza como los hemos nombrado a través de este trabajo, es por tanto que mientras más analizamos el origen y el desarrollo de esta actividad delictiva se la debe concebir del modo más amplio posible para poder abarcar las más diversas formas y procedimientos de las que podría adoptar este tipo penal.

Adoptando las sugerencias de la doctrina internacional es que se procede a la reforma del Art. 77 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas mediante publicación en el Registro Oficial de 15 de octubre de 1997 para incluir todas las formas o modalidades de este delito que ya de por sí se lo considera complejo.

En el año 2000 la ONU aprobó en Palermo Italia, la Convención para combatir la Delincuencia Organizada Transnacional, con el propósito de promover una adecuada acción de cooperación mundial se ha creado organismos internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica GAFISUD las que han expedido normas que contribuyan a facilitar a los Estados la promulgación de leyes internas indispensables para la lucha contra estos delitos. Nuestro país es parte de estos organismos internacionales y está obligado a cumplir con los compromisos adoptados. El Ecuador al suscribir y ser miembro de la convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada mediante Decreto Ejecutivo No. 2521, publicado en el Registro Oficial 561 de 23 de abril de 2002 cuyo propósito es promover la

cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional, teniendo en cuenta la protección de la soberanía prevista en el Art. 4 del convenio. En cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra La Delincuencia Organizada Transnacional, se dictó la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, publicada en el Registro Oficial No. 127 de 18 de octubre de 2005.

Habiendo transcurrido más de 5 años desde que entro en vigencia la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, las diferentes instituciones públicas que conforman el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos que son el Procurador del Estado, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Fiscal General, Director de la Unidad de Análisis Financiero, Superintendentes de Bancos y Compañías, Director del Servicio de Rentas Internas, el Gerente General de la Corporación Aduanera del Ecuador, el Comandante General de la Policía, con sus respectivos delegados; que han detectado algunas deficiencias en la Ley, para lo cual según lo dispuesto en el Art. 55 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa se entrega con fecha 4 de junio de 2010 el proyecto de Ley Reformatoria a la Ley para Reprimir el Lavado de activos. Ya que de conformidad con el numeral 8 del Art 3 de la Constitución de la República es deber primordial del Estado garantizar a los habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción; y, que el lavado de activos es uno de los mayores flagelos contra la economía de la sociedad y el Estado por sus nefastos efectos en la misma, en la administración de justicia y en la gobernabilidad de los Estados.

De conformidad con la resolución No. 1373, Numeral 2, Literal e), aprobada por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas el 28 de septiembre de 2001 corresponde a los Estados asegurar el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. El Ecuador como parte de la comunidad internacional debe adoptar medidas contra el crimen

organizado viéndose en la obligación constitucional y legal de expedir una ley de acuerdo al tiempo y a la época que vaya de acuerdo a la realidad nacional e internacional.

Si bien es importante destacar que la gran mayoría de investigaciones concluyeron con eternas faltas, archivos o sobreseimientos por prescripción hoy en día existen algunas, muy pocas, que aun perduran. Como veremos mas adelante esta triste realidad no difiere de la situación en la que nos encontramos actualmente, a cinco años del nuevo régimen legal dispuesto se ha registrado la primera condena firme por el delito de lavado de activos, que es el Caso Prada (Torres Gemelas) presentado en la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, de ese entonces ya que uno de los imputados gozaba de fuero de Corte Superior en el año 2007; en síntesis no podemos afirmar con certeza que, si bien es cierto que el Ecuador fue uno de los primeros países en Latinoamérica en promulgar la figura de lavado de activos aunque esta fuere para los casos donde el delito previo fuera el narcotráfico.

Observando los errores que se encuentran solo en la especificación del delito de lavado de activos y la escasa capacidad de nuestros Tribunales, por investigar correctamente el complejo delito de lavado es evidente que las organizaciones criminales que eligen a nuestro país para introducir dinero muchas veces cuentan con equipo técnico, de abogados, contadores y otro personal especializado que tienen a disposición tecnología y conocimiento que en muchos casos es superior a los recursos que tiene el Estado para combatir este complejo delito lo que les permite lograr su objetivo con gran técnica.

2.2 ESTRUCTURA DE LA LEY

Tal como lo indica el encabezado, la Ley reformativa de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos cambio su denominación por la siguiente Ley de Prevención, Detección y Erradicación del delito de Lavado de Activos y el

Financiamiento de Delitos, que vino por un lado a penalizar la actividad del lavado de activos, es decir incorporar normas respetivas y por otro lado incorporar disposiciones de orden administrativo, tendientes a prevenir el delito.

La finalidad preventiva no puede ser dejada de lado ya que el principal problema del lavado de activos debe ser abordado principalmente desde la prevención, en nuestro caso se entiende como medida preventiva la que ponen en el modelo normativo e institucional diseñada para evitar la comisión de hechos de lavado de activos.

La finalidad represiva en cambio se ocupa de penalizar la acción de lavado de activos, de activar las instituciones para perseguir las acciones de los hechos y sancionar con pena de prisión y multas a quienes delinquen. El estudio de este tema se encuentra centrado en el análisis dogmático y criminal del tipo penal de lavado de activos, la realidad es que no podemos dejar de reconocer que ambas caras, la presión se encuentran íntimamente ligada entre si, ya que ambos conceptos parten de las premisas de conductas no deseadas, sin embargo las actividades represivas también no dejan de tener un efecto preventivo hacia el futuro.

Las personas naturales y jurídicas tratan de evitar conductas penales, razón por la cual requieren de asesoramiento legal a fin de prevenir conductas que podrían ser interpretadas como lavado de activos si no se toma la debida previsión de acuerdo a la Ley.

Si bien es cierto la Ley de Prevención, Detención y Erradicación de Delitos de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos fue promulgada para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo que se han considerado en Ecuador y en concordancia con los convenios internacionales ratificados en abril de 2002 y marzo 2003 mediante los cuales se dio paso a la promulgación de la Ley, Ley para Reprimir el Lavado de Activos publicada en el Registro Oficial No 127 de 18 octubre de 2005, que tiene cinco años de vigencia, fue

necesaria una revisión que permitió superar ciertas deficiencias encontradas, y de la cual se realizaron las siguientes reformas:

1. Título de la ley
2. Sujetos obligados, donde se incluyen sectores económicos no considerados anteriormente
3. Tipificación del delito de financiamiento del terrorismo.
4. Endurecimiento de las penas.
5. Comiso especial a todos los activos
6. Sanción por falta de información
7. Sanción pecuniaria por falta o declaración fraudulenta
8. Creación de la Dirección de Administración Temporal de Bienes
9. Cambio de denominación de la unidad
10. Distribución de beneficios cuando existe sentencia condenatoria ejecutoriada.

Estas reformas se planearon sobre la base de la ratificación que la República del Ecuador realizó mediante el decreto Ejecutivo No 2521, publicado en Registro Oficial No 561, de 23 de abril de 2002 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, mediante la cual Ecuador se compromete a penalizar el blanqueo de producto del delito, específicamente:

- Determinar medidas para combatir el blanqueo de dinero.
- Establecer un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos e instituciones financieras no bancarias y de otros órganos que sean susceptibles a utilizarse para el blanqueo de dinero.
- Garantizar que las autoridades de administración, reglamentación y demás autoridades responsables en el cumplimiento de la Ley sean capaces de combatir, cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional.

- Establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de lavados de activos de capitales.
- Aplicar medidas viables para decretar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables de sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir la circulación de capitales.
- Utilizar como modelos las iniciativas de organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el lavado de activos.
- Establecer y promover la cooperación internacional, regional, subregional y bilateral entre autoridades judiciales, de cumplimiento con la ley y los reglamentos a fin de combatir el lavado de activos.

La nueva Ley de Prevención, Detención y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y el Financiamiento de Delitos tiene influencia del Convenio Internacional de la Represión de la Financiación del Terrorismo de la cual el Ecuador a suscrito ratificación mediante decreto ejecutivo No.172 publicado en el Registro Oficial No.43, de marzo de 2003 en donde se toman en cuenta por parte de nuestro país los siguientes puntos:

- Promoción de medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación de terrorismo y lograr una cooperación internacional efectiva.
- Instituir un régimen normativo nacional y de supervisión para los bancos. otras instituciones financieras susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas.
- Decretar medidas de detección y vigilancia de movimientos transfronterizos, dinero en efectivo documentos negociables al portador y otros movimientos de valores.

- Establecer medidas que aseguren que las autoridades competentes dedicadas a combatir los delitos establecidos en instrumentos tengan la capacidad de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con el derecho interno.

Es así que la realidad fáctica y legal en la que se encuentra nuestro país fue pertinente hacer una revisión de la Ley tomando en cuenta que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, con compromisos adquiridos por el país, es por cuanto se ha considerado como una técnica jurídica importante por parte de la Asamblea Nacional expedir la Ley Reformativa de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, de este modo se tiene una visión más amplia y desarrollada de las instituciones adoptadas por el legislador tendientes a prevenir el avance del delito bajo estudio mediante la implementación de las siguientes reformas que puntualmente se analizarán ciertos aspectos fundamentales que se encuentran unidos al análisis de las normas penales.

Para el estudio general de la normativa sobre lavado de activos se realizará una mención de las partes en que se encuentra dividida la Ley, es así de este modo que tendremos una visión más amplia y abarcativa de las instituciones adoptadas por el legislador.

En su primera reforma sobre la nueva denominación de la Ley se sustituye la denominación de la ley por la siguiente “Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos”, con este cambio en la denominación de la Ley se logra introducir una reforma de avanzada al agregar su título el financiamiento de los delitos haciendo referencia al financiamiento del terrorismo de la Novena Recomendación Especial del GAFI que se trata contra la financiación del terrorismo.

2.2.1 De la Finalidad y Objetivos

Se formula la finalidad de esta Ley con cuatro objetivos bien definidos que son:

1. Detectar la propiedad, posesión, utilización, oferta, corretaje, comercio interno o externo, transferencia gratuita y onerosa, conversión y tráfico de activos, que fueren resultado o producto de delitos o constituyan instrumentos de ellos, para la aplicación de las sanciones correspondientes;
2. Detectar la asociación para ejecutar cualesquiera de las actividades mencionadas en el literal anterior, o su tentatividad; la organización de sociedades o empresas que tengan ese propósito; y, la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminados a hacerlas posibles, para la aplicación de las sanciones correspondientes:
3. Decomisar, en beneficio del Estado los activos de origen ilícito;y,
4. Realizar las acciones y gestiones necesarias para recuperar los activos que sean productos de delitos mencionados en esta Ley, que fueren cometidas en territorio Ecuatoriano y que se encuentren en el exterior.

2.2.2 Unidad de Análisis Financiero

Se establece que la Unidad de Análisis Financiero (AUF) es una dependencia competente para receptor toda clase de información y reportes relacionados con delitos de lavado de activos y financiamiento de delitos.

Respecto a los funcionarios y empleados de la Unidad de Análisis Financiero sobre la obligación de guardar secreto sobre la información recibida a su cargo al igual que las tareas de análisis financiero desarrolladas, y de igual manera para los sujetos obligados a informar a la Unidad de Análisis Financiero de

conformidad con la Ley, siendo sancionadas tanto de forma penal como administrativamente según el reglamento de aplicación.

Se hace una importante agregando en la nueva ley sustituyendo no solo los ingresos de dinero si no también los egresos del mismo literal f) del Art 14 así como el final de su inciso sobre los delitos tipificados en este Art. De los delitos investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país sin eximir a la Fiscalía General del Estado de la obligación de demostrar el origen ilícito de los activos supuestamente lavados.

2.2.2.1 Deberes y Obligaciones de las Instituciones Financieras y de Seguros

Se establece deberes y obligaciones constantes en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y otras de carácter específico entre las cuales esta requerir y registrar a través de medio fehaciente, fidedignos y confiables, la identidad, ocupación, actividad económica, estado civil y domicilio, habitacional u ocupación de los clientes permanentes u ocasionales; mantener cuentas y operaciones en forma nominativa; registrar operaciones y transacciones individuales cuya cuantía sea igual o superior a 10.000 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas; reportar bajo responsabilidad personal institucional a la Unidad de Análisis Financiero las operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas así como también operaciones nacionales e internacionales cuya cuantía sea igual o superior a los 10.000 dólares de los Estados Unidos de América así como también las consideradas en paraísos fiscales.

Las instituciones del sistema financiero y de seguros son sujetos obligados a informar a la Unidad de Análisis Financiero a través de la entrega de reportes previsto en el Art. 3 de esta ley y además de ellas otras instituciones filiales y extranjeras bajo control de las instituciones el sistema financiero nacional

bolsas y casa de valores, las administradoras de fondos y fideicomisos, las cooperativas, fundaciones y organismos no gubernamentales personas naturales y jurídica que se dediquen a la comercialización de vehículos, empresas dedicadas al servicio de transferencia nacional o internacional de dinero, transporte nacional o internacional, correos incluyendo sus operadores, agentes y agencias; las agencias de turismo, operadores turísticos, personas naturales y jurídicas que se dedican a la inversión e intermediación inmobiliaria y la construcción; casinos y casa de juegos, bingos, maquinas tragamonedas e hipódromos, los montes de piedad y las casas de empeño, los negociadores de joyas, metales y piedras preciosas, los comerciales de antigüedades y obras de arte; los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles.

2.2.2.2 Medidas de Control

La Unidad de Análisis Financiero emitirá instructivos para los reportes provenientes de los sujetos obligados a informar con esta Ley, de ser el caso requerirá información adicional, esta deberá motivar su requerimiento así como tendrá acceso a bases de datos publicados con las restricciones que sean de carácter reservado.

Medidas de control sobre las personas que ingresen o salgan del país con un monto efectivo igual o superior a los 10.000 dólares de los Estados Unidos de América o el equivalente en otras monedas, tiene la obligación de declararlo ante las autoridades aduaneras haciendo un reenvío de la ley del tema citado, obligación que será de carácter permanente en áreas fronterizas para funcionarios de la CAE, SRI y Policía Nacional del Ecuador.

2.2.3 Integrantes del Consejo Nacional de Lavado de Activos

La citada Ley nos señala que el Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos estará integrado por el Directorio y la Unidad de Análisis Financiero, nos describe de donde obtendrá sus recursos, como el Directorio del Consejo

estará integrado, cuales serán las funciones y competencias de este, las atribuciones del Presidente de Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos.

Señala también como la Unidad de Análisis Financiero estará conformada en su Dirección General, Subdirección y los departamentos técnicos especializados en sus funciones y atribuciones que estarán determinadas en el Estatuto Orgánico para Procesos de la Unidad de Análisis Financiero; así como la máxima autoridad de esta unidad será el Director General con responsabilidades y atribuciones que designe esta Ley, así como las responsabilidades y atribuciones del Subdirector de la Unidad de Análisis Financiero.

2.2.4 Régimen Penal Administrativo

En el régimen penal administrativo se establece penas de multas no solo para personas físicas sino también para personas jurídicas, además se establece pautas de procedimientos; las multas a las personas jurídicas son diferentes teniendo en cuenta el tipo y modo de cumplimiento, es así que la sanción no exime el cumplimiento de la obligación; la reincidencia da lugar a la suspensión temporal del permiso para la cancelación del certificado autorización del funcionamiento; así como este tipo de sanciones penales administrativas se extienden a personas naturales que no declaren o que declaren erróneamente o falsamente ante la autoridad aduanera o funcionaria competente el ingreso y salida de valores sin perjuicio de que se tomen acciones penales en caso de existir delito.

2.2.5 Obligaciones del Sector Público y Privado

Se fomenta en las entidades del sector público y privado programas de acción de prevención diseñados por la Unidad de Análisis Financiero para alcanzar los objetivos de esta Ley, tanto en los niveles y modalidades del sistema educativo nacional que desarrollen una cultura individual y conciencia social orientados a la prevención de lavado de activos y financiamiento de delitos.

2.2.6 Medios de Comunicación

Los medios de comunicación deberán contribuir con las campañas de prevención según lo determine la Secretaria de Comunicación de la Presidencia mediante la Unidad de Análisis Financiero. La autoridad competente atenderá pedidos similares de otros Estados para cooperación internacional en cuanto las investigaciones o procedimientos de carácter administrativo, civil o penal en relación con el lavado de activos y financiamiento de los delitos, cooperación con el intercambio de información entre Estados.

Se determinara que los medios de prueba previsto en la legislación Ecuatoriana serán valorados conformes con la sana crítica y el derecho, al debido proceso establecido en Constitución de la República así como en su disposición general cuarta se agrega cada una de las instituciones que integran el Directorio del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos conformará su respectiva Unidad Antilavado que deberá reportar a la Unidad de Análisis Financiero las transacciones y operaciones inusuales e injustificada de las cuales tuviera conocimiento de las mismas que deberán coordinar, promover y ejecutar programas de cooperación e intercambio de información con la Unidad de Análisis Financiero y Fiscalía General del Estado, con la finalidad de emprender acciones conjuntas y eficientes para combatir estos delitos.

Respectivamente en su disposición transitoria dispone que los bienes que estuvieron bajo la administración del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos quedaran bajo custodia y resguardo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas hasta que sean entregados a la institución pública creada para administrarlos.

2.3 SITUACIÓN DEL ECUADOR A LA PUESTA EN VIGENCIA DE LA LEY

El 18 de octubre de 2010 se cumplieron exactamente cinco años de vigencia de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos. Por tal motivo a esta altura de la

historia nos preguntamos en que ha contribuido la ley en la prevención y represión de este complejo delito, además el Ecuador es un país dispuesto a combatir realmente el lavado de activos.

Según el informe realizado por el Departamento de los Estados Unidos el Ecuador se encuentra clasificado dentro de los países que deben prestar mayor atención a la actividad de lavado de activos provenientes del narcotráfico; colocando a nuestro país dentro de la clasificación de riesgo alta.

El Ecuador también se destaca en algunas encuestas por tratarse de un país de alto grado de corrupción en la administración pública de acuerdo al “Índice de Percepción de la Corrupción” que elabora anualmente la Organización No Gubernamental Transparencia Internacional Ecuador oscilo en el periodo 2009 –2010 del puesto 146 al 127 con un puntaje de 2,5 en una escala que va de 10 puntos para los países más transparentes a 1 para las naciones más corruptas.

Por otra parte también se evidencia una gran preocupación en el ambiente empresario respecto al crecimiento del delito del lavado de activos proveniente de la corrupción, de fraudes, dentro y fuera de las empresas. No menos alarmante es el crecimiento de las organizaciones delictivas que se dedican al robo de automóviles, secuestro y otros delitos que nos aquejan sobre todo en estos últimos tiempos, a todo esto debe sumarse la crisis económica que sufrió el país en el periodo 1998 – 2000, por los motivos anteriormente señalados no deben llamarnos la atención las estimaciones de los expertos sobre el volumen de dinero proveniente del narcotráfico, corrupción, contrabando y demás delitos conexos entre otros que rondarían alrededor de unos 624 millones 89 mil dólares se habían “lavado” en Ecuador a través del sistema financiero y seguros según datos oficiales de la Unidad de Análisis Financiero en el 2008.

Al margen de las cifras descritas en el párrafo anterior, también es importante preguntarse si la administración de justicia y todo el aparato del Estado, policía y fiscalía están actuando eficazmente en el combate a este delito, como ya se

ha señalado en este trabajo desde la vigencia de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos solo existió una única condena por este delito.

Es así que de nada sirve haber sido uno de los primero países en Latinoamérica¹¹ y del mundo en incorporar en su legislación interna el delito del lavado de activos provenientes del narcotráfico, se cree conveniente señalar la preocupante situación que se encuentra nuestro país frente al lavado de activos, según estadísticas aportadas por la Unidad de Inteligencia Financiera y la Procuraduría General del Estado en estos cinco años de vigencia de la Ley de Lavado de Activos provenientes del delito ha habido hasta el momento una sentencia condenatoria el caso Prada (Torres Gemelas) donde señaló a Forero, Caicedo y Oswaldo Alvarado como autores de lavado de activos, mientras a Paredes y a otros implicados se los señaló como cómplices en febrero del año 2008, así como son pocos los procesos en trámite, otro dato importante de señalar es que en más de cinco años de vigencia de la ley, la actual Unidad de Análisis Financiera tampoco aplico una sola multa a personas jurídicas o físicas que en su calidad de sujetos obligados a informar se negaron a reportar informaciones sospechosas a este organismo según lo prescribe la ley.

En consecuencia y en base a los antecedentes expuestos en el aspecto preventivo de la Ley esta no ha sido eficaz y eficiente de la forma que se concibió, por el contrario los sujetos obligados en los últimos cinco años han cumplido con su deber de informar de situaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera pero por deficiencia en los recursos técnicos y personales no han sido suficientes, por el contrario el régimen penal administrativo de la Unidad de Análisis Financiero no tiene mayores efectos prácticos así como en el aspecto represivo de la ley. Debemos reconocer que

¹¹ Los primeros países latinoamericanos que introdujeron el tipo penal del lavado de dinero fueron: Argentina (1989), Ecuador (1990), y Perú (1991). Con posterioridad vinieron los siguientes países: Chile (1993), Colombia (1995), México (1996), Bolivia (1997), Brasil (1998), Cuba (1999), y finalmente Uruguay (1998). PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "La tipificación del lavado de dinero en Latinoamérica: Modelos, problemas y alternativas", CICAD-OEA, 2001.

nos enfrentamos a un delito difícil de combatir por las diversas formas que tiene para operar y por su mutabilidad porque muchas veces quienes lo ejecutan son poderosas organizaciones criminales y que en nuestro país por tener una moneda de circulación legal como el dólar han contribuido al crecimiento de esta actividad y no solo en el Ecuador si no en el resto de Latinoamérica por tanto no ha habido una clara decisión política de gobiernos anteriores para el combate de este delito que tanto daño hace a nuestra comunidad y a las economías, lo que nos hace parecer que no solo en Ecuador sino en el resto de América con la promulgación de esta ley nos hace pensar que simplemente tratamos de complacer a los organismos internacionales que exigen su incorporación en nuestras legislación interna, es tanto así que el GAFI nos aparto de su organismo clasificándonos como país hostil en la lucha contra el lavado de activos.

2.4 ANÁLISIS DE SANCIONES

2.4.1 Pena de Prisión

Como primer punto se puede decir que el legislador ha impuesto una escala penal de penas con tan solo el mínimo de pena es de 1 año, mientras que el máximo de pena es de 9 años. Debemos decir que no estamos de acuerdo con el margen de escala impuesta por el legislador ya que por supuesto el lavado de activos será de diversas formas, siendo muy diferente el grado de participación de los sujetos que van desde autores, cómplices y encubridores, así como también el grado de afectación al bien jurídico protegido.

De este modo el legislador da un amplio grado de discrecionalidad al juzgador para aplicar un tipo de pena sin necesidad de diferenciar su participación. Por otra parte debemos decir que la pena en el Ecuador resulta muy poco severa en relación a este delito en la legislación comparada, como se trato en el capítulo 3 de legislación comparada.

2.4.2 Pena de Multa

La pena de prisión ira acompañada de una multa mediante la cual se establece de acuerdo a una escala según la operación comprendida en el lavado de activos, la misma que responderá a la magnitud del hecho ilícito que se tome como base, varias críticas tenemos al respecto de la norma descrita sobre el tema ya que en la mayoría de los casos se imponen penas que no van de acuerdo a la magnitud de la participación, por otra parte la principal crítica a la aplicabilidad de esta norma es demasiado hipotética ya que es muy difícil imaginar que el lavado de activos siempre es juzgado con penas mínimas.

2.4.3 Comiso Especial

El comiso especial de bienes es una de las penas formalmente establecidas por nuestro Código Penal en su artículo 65, cabe mencionar que los tratados internacionales, libros de doctrina que se refirieron al estudio del comiso de bienes provenientes de este delito son muy escasos.

La doctrina moderna a dado un lugar muy importante a la pena del comiso ya que se ha visto un gran interés por el aumento de delitos de contenido económico también denominados “delitos de cuello blanco” que muchas veces son ejecutados por profesionales del crimen organizado.

El auge de los delitos de tipo económico ha hecho que únicamente no se centre en la penalización de los culpables sino también en privar a los delincuentes de los frutos obtenidos de la comisión de este delito y de esta forma tratar de frenar sus estructuras económicas.

Considerando que la víctima más directa resulta ser el Estado se entiende que el comiso de los bienes en los casos de lavados de activos será a favor de este mismo, en los casos en que resulte ser víctima en forma directa o indirecta una persona natural y jurídica determinada el comiso deberá ser a favor de cualquiera de estas. Además cabe recalcar que el comiso y la posterior

restitución de los bienes podrán ser eventualmente a favor del ofendido previo al lavado cuando lo hubiere de los bienes que se hayan sustraído mediante la comisión del delito.

El juez deberá ordenar siempre que pueda la reposición de los objetos comisados a su estado anterior siempre que sea el caso. Las normas internacionales insisten y consideran fundamentalmente sobre dos aspectos importantes la prevención y represión del lavado de activos, y por otro lado la incautación o comiso de los bienes obtenidos mediante la comisión de este delito.

Al respecto los instrumentos internacionales que tratan sobre este delito proponen a sus Estados miembros la aplicación de estas penas, es así que estos instrumentos internacionales como son la Convención de Viena, Art. 3 inc. 4 a); el Reglamento Modelo Americano Art. 5 inc 1 y 2; y el Convenio de Estrasburgo Art. 2 inc. 1.

En nuestro país solo es posible comisar los bienes originarios o los subrogantes del delito, las ganancias que hayan generado y debemos aclarar que el comiso de los bienes solo se ejecutara con sentencia de juez, durante el proceso el juez solo podrá dictar medidas cautelares y no el comiso como se pretendía plantear la modificación sobre este tema en la ley de lavado de activos, sobre este tema deseo sugerir el denominado comiso equivalente como lo plantea la Convención de Viena de 1988 que fue ratificada por el Ecuador y tiene obligatoriedad de aplicación, además la recomendación de el GAFI ha incorporado también el denominado comiso equivalente y tanto así la influencia de esta nueva avanzada que los países europeos también lo han incluido en sus legislaciones de lavado de activos.

2.5 NECESIDAD DE REFORMA DE LA LEY ACTUAL

En el mes de junio del 2010, se presentó un proyecto de reformas a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, la misma que se encuentra vigente desde el año

2005, dicho proyecto fue entregado por el Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión, al Presidente de la Asamblea Nacional, Arq. Fernando Cordero.

El proyecto es parte del Plan de acción del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos y es el resultado de una serie de reuniones y talleres realizados desde el año pasado, a través de la Unidad de Inteligencia Financiera, la misma que contó con la colaboración de la Procuraduría, Fiscalía, las Superintendencias de Bancos y Compañías, la Corporación Aduanera, el Servicio de Rentas Internas y la Comandancia General de la Policía.

Las reformas a la presente normativa pretenden adecuar la ley a las realidades encontradas en la lucha contra el lavado de activos, promoviendo la inclusión de otros sectores a investigarse, además del financiero, tales como el inmobiliario, el mercado de valores, los casinos y bingos, las cooperativas no controladas por la Superintendencia; así mismo las reformas buscan el fortalecimiento del sistema procesal y las penas que se deberán imponer para este tipo de delitos.

Uno de los avances que se anexan al proyecto de reformas, plantea la incorporación del delito de financiamiento del terrorismo, como infracción específica; además se incluyen normas en aras de fortalecer el control del movimiento económico a través de la Unidad de Inteligencia Financiera¹².

A modo de síntesis se puede señalar que el proyecto de reformas a la Ley Contra el Lavado de Activos refleja los siguientes avances:

- Se tipifica el delito de financiamiento al terrorismo.

¹² Asamblea Nacional Portal Web Oficial, Boletín julio de 2010. URL: <http://www.asambleanacional.gov.ec/201006043370/noticias/boletines/procurador-entrega-proyecto-de-reformas-a-la-ley-contra-el-lavado-de-activos>.

- Se mejoran los procedimientos de congelación, embargo y confiscación de los activos o bienes provenientes de actividades ilícitas y su respectivo manejo.
- Se fortalece la supervisión de la Superintendencia de Bancos y Seguros a las instituciones financieras y los seguros privados.
- Se amplía el grupo de personas obligadas a remitir información de carácter financiero a la Unidad de Inteligencia Financiera en base a las recomendaciones del GAFI.
- Se propone endurecer las penas que sancionan el cometimiento del delito de lavado de activos.

CAPÍTULO III

3 LEY DE LAVADO DE ACTIVOS FRENTE A OTRAS LEGISLACIONES

3.1 LA INFLUENCIA DE LAS NORMAS SUPRANACIONALES EN NUESTRO DERECHO PENAL

En lo referente a los lineamientos y objetivos generales, nuestra legislación se ha nutrido fundamentalmente de las diversas iniciativas internacionales para la prevención y el control de lavado de activos. En atención a las muchas sugerencias internacionales que han sido objeto de este trabajo de tesis, se hará una breve referencia a las que resultaron más influyentes a la luz de nuestra legislación interna.

Como ya hemos mencionado la Declaración de Principios del Comité de Basilea¹³ del 12 de diciembre de 1988, referida a la prevención del lavado de activos a través del sistema bancario, es una de las primeras normas en imponer una serie de reglas y procedimientos, que en la práctica debería ser garantizada por las instituciones financieras. Entre otros elementos preventivos se puso un especial énfasis en la identificación del cliente, la vigilancia del uso delictivo del sistema de pagos y la cooperación de las entidades bancarias con las entidades encargadas del control y vigilancia de estos delitos.

¹³ La Declaración de Principios aprobada el 12 de diciembre de 1988 en Basilea-Italia por el Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria dice en su acápite I, "Objeto", lo siguiente: "Los bancos y otras instituciones financieras pueden servir involuntariamente de intermediarias para la transferencia o depósito de fondos de origen criminal. Este tipo de operaciones pretenden a menudo ocultar al verdadero propietario de los fondos. Esta utilización del sistema financiero preocupa directamente a la policía y a las autoridades responsables del cumplimiento de la ley. También es motivo de preocupación para los supervisores bancarios y para los gestores de los bancos, dado que la confianza del público en los bancos puede verse minada por las asociaciones de estos con los delincuentes. La presente Declaración de Principios considera señalar cierto número de reglas y procedimientos que en la práctica debería ser garantizada por los gestores de los bancos, a fin de colaborar en la eliminación de las operaciones de lavado de activos por medio del sistema nacional e internacional.

Igualmente influyeron normas como las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional conocida por sus siglas GAFI¹⁴ aunque nuestro país no sea parte de este organismo, estas normas que no son de aplicación obligatoria sino que son meramente recomendaciones, sirvieron de estándar para el desarrollo de políticas antilavado de activos.

También se tuvo importancia a la influencia de parte de las Directivas de la Comunidad Europea sobre el lavado de activos, que sugiere a sus Estados miembros la introducción en sus ordenamientos internos de una serie de obligaciones imponibles a los sujetos obligados en general, haciendo referencia especial a las entidades financieras. Entre las exigencias a los particulares señalados del mercado económico se encuentran la de comunicar a la autoridad judicial o administrativa que corresponda las operaciones sospechosas que estén vinculadas con el lavado de activos. En estas Directivas se comenzó a conceptualizar operación sospechosa como cualquier transacción por donde se considere bajo estándares fundados en la costumbre que podrá transitar una operación de lavado de activos.

En último lugar no se puede dejar de hacer referencia a la Convención de Viena de 1988, que si bien se encuentra limitada exclusivamente al lavado de activos proveniente del narcotráfico, ha sentado las bases para todos los acuerdos internacionales como lo fue en nuestro país, en su primer antecedente legislativo la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas publicada en el Registro Oficial No. 523, de 17 de septiembre de 1990.

3.2 ANTECEDENTE INTERNACIONAL

El lavado de activos resulta ser lo que se denomina hoy en día como delitos transnacionales, ya que se trata de un fenómeno que se expande y traspasa

¹⁴ La Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), Grupo de Acción financiera en contra del lavado de dinero también conocida por su nombre en francés como Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), es una institución intergubernamental 1989 por el G7. El propósito de la FATF es desarrollar políticas que ayuden a combatir el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo.

fronteras en todo el mundo. Así como consideramos que el estudio de este delito merece ser analizado desde la perspectiva nacional e internacional como lo exige el presente trabajo. Debido a que este delito es muy cambiante y evoluciona de acuerdo a métodos y procedimientos que responden a las nuevas formas de cometer ilícitos de los delincuentes en este mundo globalizado, no cabe duda de que las respuestas de la legislación nacional deban ser acordes a la realidad de nuestro país.

Es importante analizar la evolución de las iniciativas internacionales propuestas en ámbito y el estudio de este delito, así:

3.2.1 Convención de Viena 1988

Un primer intento por reprimir el lavado de activos se produjo mediante la Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1988 en la ciudad de Viena Alemania, de la que formaron parte países como Afganistán, Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Brasil, Bolivia, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, China, Ecuador que firmo el 21 de junio de 1989, España, Estados Unidos, Francia, Guatemala, Honduras, India, Italia, Japón, México, Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Uruguay; y Venezuela entre los más conocidos; esta convención conocida como la Convención de Viena es el compromiso internacional más importante en esta materia, ya que todo instrumento internacional tiene como base fundamental la misma ya que como merito principal fue haber definido el delito y por otra parte, sugerir a los demás países la necesidad de incluir dentro de sus ordenamientos jurídicos internos este nuevo delito.

En nuestro país resulta ser un instrumento internacional de mucha importancia ya que fue ratificado por nuestro llamado Congreso de aquel entonces, pasando a tener igual jerarquía que nuestra Constitución en base a lo dispuesto en la misma.

La Convención de Viena es muy importante ya que definió el lavado de activos como “la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes procedan de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inc. a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, aludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”, y además agrego que “la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o de derechos relativos a tales bienes a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos tipificado de conformidad en el Inc. a) del presente párrafo o de un acto de participación de tal delito”.

También se sugirió la penalización del delito de “recepción” de dinero “sucio” al incluir como una de las variables del lavado al decir: “Con su sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico; la adquisición, la posesión o la utilización de bienes procedan de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inc. a) del presente párrafo o de un acto de participación del tal delito o delitos en donde se hace referencia a todos los actos de participación vinculados a la producción y el tráfico de estupefacientes”.

3.2.2 Convenio de Estrasburgo de 1990

Suscrita el 8 de noviembre de 1990 en la ciudad de Estrasburgo – Francia, el “Convenio sobre el blanqueo, investigación, embargo y decomiso del producto del delito”, este convenio se caracterizó por referirse al lavado de activos de bienes procedentes de cualquier delito grave y no solo del narcotráfico.

Este instrumento internacional obligó a sus Estados signatarios a penalizar una serie de conductas vinculadas con el lavado de activos, de sus ventajas económicas de cualquier naturaleza, es aquí donde se tiene el interés en

combatir el lavado de activos y la erradicación de la ganancia ilícita, independiente de cual fuere el delito previo cometido; señalándose que el lavado no es un hecho contemplado como accesorio a la infracción previa si no autónomo del mismo como dispone este convenio de un interesante grupo de disposiciones orientados a la cooperación internacional como versa desde su Art. 2 al 35.

3.2.3 Reglamento Modelo de la OEA

En febrero de 1991 se preparó el Reglamento Modelo de la OEA contra el lavado de activos, en el que se destaca la recomendación hecha a los países americanos miembros a que tipifiquen el lavado de activos.

En noviembre de 1999 se introdujeron modificaciones a tales recomendaciones, cabe recalcar que esta resolución exhorta a los países miembros de la organización a brindar su firme apoyo político y proveer el apoyo institucional para su apropiada aplicación de conformidad con la legislación nacional. Este reglamento también propone la penalización del lavado de activos en los mismos términos que la Convención de Viena, pero ampliando su base a toda clase de delitos graves así como también medidas cautelares que se deberán dictar después del decomiso del producto del delito previo, objeto del lavado. Además se crean las Unidades de Inteligencia Financiera para cada Estado, siguiendo las directrices establecidas por el grupo Egmont,¹⁵ estableciendo una serie de medidas administrativas de orden preventivo similares a las del GAFI, secreto bancario y fortalecimiento de la cooperación internacional en el esclarecimiento y persecución de este tipo de delitos entre otras medidas.

¹⁵ Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, con fecha 9 de junio de 1995 se constituyó en el Palacio de Egmont-Aremberg de Bruselas, grupo que aglutina a más de setenta Unidades de Inteligencia Financiera de todo el mundo ayudando al establecimiento de estas entidades y facilitando capacitación y asistencia técnica.

3.2.4 Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Aprobada en diciembre del año 2000 y teniendo como objeto “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional como dicta su Art.1. Esta Convención principalmente se refiere a la penalización del producto de lavado de activos tratando de lograr un acuerdo universal sobre las medidas tomadas por anteriores convenciones dándoles debido rigor técnico; además debe destacarse que también pueden ser condenados como lavadores quienes cometieron el delito previo a partir del cual se obtiene la riqueza; así como también el trascender al narcotráfico ampliando el combate a una amplia gama de formas de delincuencia organizada, participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo, corrupción, obstrucción a la justicia en general delitos graves; además cabe destacar una importante evolución de avanzada en el derecho como es la necesidad de admitir la responsabilidad penal de personas jurídicas, se mantiene la necesidad de decomisar bienes productos del delito y finalmente recopilar una importante número de preceptos en materia de cooperación internacional.

3.2.5 Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera

El grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera que el 9 de junio 1995 se constituyó en el Palacio de Egmont – Aremberg de Bruselas el mismo que asocia a más de sesenta Unidades de Inteligencia Financieras de todo el mundo que ayudan al establecimiento y funcionamiento de estas unidades facilitando, capacitando y dando asistencia técnica a las mismas.

En nuestro país se creó las Unidades de Análisis Financiero por mandato de la nueva ley de lavado de activos que son el equivalente de las Unidades de Inteligencia financiera de la legislación comparada, como una entidad técnica de derecho financiero con domicilio en Quito Distrito Metropolitano, con competencia nacional, personalidad jurídica propia y autonomía administrativa,

operativa y patrimonial, en donde su deber es realizar actividades de inteligencia financiera con la finalidad de obtener información sobre operaciones o transacciones sospechosas y transmitir las a la Fiscalía, con el propósito de impedir el lavado de activos, según el Art. 14 de la ley para Reprimir el Lavado de Activos.

El denominado Grupo Egmont, señala que las Unidades de Inteligencia Financiera podrán ser constituidas en el poder judicial, policial, mixto policial – judicial ya que las unidades de inteligencia financiera son parte de las Fiscalías.

3.3 RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

3.3.1 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) fue creado por los jefes de Estado y de gobierno del Grupo de los Siete que está conformado por: Canadá, Estados Unidos, Japón, Alemania Occidental, Italia, Francia y el Reino Unido en la Cumbre de París en julio de 1989¹⁶, este grupo tiene la misión de estimar y promover medidas para combatir el lavado de activos procedente del narcotráfico, con el fin de facilitar los objetivos de dicho grupo se crearon tres comités de trabajo, el primero dedicado al análisis de la extensión y métodos del lavado de activos, el segundo sobre cuestiones jurídicas y judiciales, y el tercero a la cooperación administrativa.

Siendo un organismo con funciones de estudio y asesoramiento, hay que decir que sus recomendaciones tienen en la práctica una fuerza de hecho a veces más importante que la fuerza jurídica en los instrumentos internacionales, por

¹⁶ Además de los participantes en dicha cumbre fueron invitados a integrarse a este grupo con otros países como Suecia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, Austria, España; al objeto de tener en cuenta el punto de vista de países que han sido afectados en la lucha contra el lavado de activos; actualmente a dicho acuerdo se han adherido los países económicamente más desarrollados y dos organizaciones como son la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo, puede decirse que este grupo representa los principales centros financieros del mundo.

estar integrado por países de mayor relevancia en materia financiera que tienen intereses comunes en estos temas.

En el año de 1990 se aprueba el primer informe que estudia la extensión, naturaleza y vigencia del lavado de activos, se aprobó cuarenta recomendaciones que son el documento más importante de este organismo intergubernamental y el que más ha tenido aceptación en la normativa nacional de los países miembros, estas recomendaciones han sido objeto de estudio y mejoramiento a lo largo de los años ya que el lavado de activos es un fenómeno que evoluciona por lo que las mismas deben cambiar en igualdad de condiciones.

En el año de 1996 se hizo una primera revisión de estas recomendaciones y la última en el año 2003, en el 2001 se asumió entre sus competencias el estudio de las medidas a adoptar en materia de financiación del terrorismo acordando nuevas recomendaciones en este tema, siendo estas últimas nueve independientes a las primeras cuarenta. Hay que decir que estas recomendaciones no tienen valor jurídico es decir son simples recomendaciones carentes de valor jurídico, sin embargo éstas han sido un texto de eficacia práctica en materia de lavado de activos y que ha inspirado a la normativa internacional no solo de los países que la integran sino también en otros, tanto es así que más de 130 países la aplican con mayor o menor intensidad las Cuarenta Recomendaciones del GAFI. Entre las sanciones más graves que tiene la aplicación de estas recomendaciones, es la inclusión en la lista de países y territorios no cooperadores de la aplicación de la Recomendación 21 la que establece la adopción de determinadas medidas a aquellos países que no aplican las Recomendaciones del GAFI o las aplican insuficientemente, estas medidas deben tener especial atención para los países que las aplican, en las relaciones comerciales con personas empresas o instituciones financieras de países que no las aplican.

La inclusión en dicha lista de países y territorios no cooperantes ha tenido en la práctica gran efectividad, es así que los países que antes aparecían en estas

listas para el año 2000, ha disminuido en un 30% para el año 2005, en el 2001 se extiende las competencia del GAFI contra la financiación del terrorismo y en el 2004 se adoptó una nueva recomendación especial.

Estas Cuarenta Recomendaciones sobre el lavado de activos se encuentran agrupadas en cuatro secciones:

3.3.1.1 Principios Generales

Las tres primeras Recomendaciones nos habla sobre los principios generales y es donde se establecen los ejes fundamentales que van a constituir las medidas propuestas para la lucha contra el lavado de activos. Tales ejes son:

1. La tipificación como delito del lavado de activos tomado de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el trafico ilícito de estupefacientes (Convenio de Viena), la Convención del año 2000 de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Lavado de Activos que debe aplicarse en opinión del GAFI a los beneficios obtenidos de los delitos más graves, en el glosario se señala hasta 20 tipos de delitos que deben incluirse como delitos subyacentes y que van desde la participación en un grupo delictivo organizado hasta el hurto y el robo; después de proponer (cuarta recomendación) la penalización de lavado de activos de acuerdo a la Convención de Viena.

El GAFI trata de ampliar el concepto de lavado de activos al recomendar a las Naciones Unidas que extiendan dicha incriminación no solo los beneficios obtenidos del narcotráfico, si no también a lo derivados de cualquier otra infracción grave, dejando los Estados la determinación de esas infracciones, existe divergencia sobre este punto entre estas dos tendencias que son claramente identificables.

Por una parte se encuentran aquellos países que entienden que la lucha contra el lavado de activos, por llevar consigo técnicas excepcionales en la

investigación que conlleva limitaciones de los derechos de ciudadanos y principios jurídicos, debería única y exclusivamente al lavado de los beneficios procedentes de delitos significativos cuyo ámbito trascienda las fronteras nacionales y en cuya represión existe igualmente un interés y una coincidencia internacional, siendo así en la mayoría de los casos de carácter internacional por la calidad de los sujetos que intervienen en el mismo, así como los intermediarios y beneficiarios finales del producto obtenido, en delitos tales como el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de armas, etc.

Por otra parte los Estados que deseen que el concepto de lavado de activos se amplíe a la mayor parte de las infracciones penales, con independencia que tenga características nacionales o internacionales, pero la dificultad es que en algunos países son considerados delitos graves y en otros no, tanto es así que incluso en los propios países integrantes del GAFI. Por ende son los ordenamientos jurídicos nacionales, en los que según la escala de protección de los bienes jurídicos, son los que deben decidir sobre este punto, ya que el GAFI al no ser un órgano normativo, no busca ampliar una técnica jurídica depurada de estos inferimos de que carezcan de tal técnica para recoger una idea, principio o recomendaciones que los Estados quieren llevar al campo jurídico y a los principios de cada ordenamiento jurídico nacional, de igual manera se pretende que los Estados miembros amplíen la responsabilidad penal y no solo al personal de las mismas donde sería preciso tener en cuenta los principios de cada ordenamiento penal.

3.3.1.2 Medidas que deben tomar las Instituciones Financieras, los Empresarios y Profesionales no Financieros para impedir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo

Antes de establecer las Cuarenta Recomendaciones se señala que las leyes de confidencialidad de las instituciones financieras no deben impedir la aplicación de las Recomendaciones del GAFI (Recomendación Cuarta), esta Recomendación no solo se aplica a las instituciones financieras si no también a

entidades y profesiones no financieras; algunas de estas profesiones tienen un deber de confidencialidad o secreto profesional mucho más rígido que puede tener una institución financiera, por lo que teniendo en cuenta la actividad y las obligaciones jurídicas y morales que tienen cada una de ellas, esta recomendación agrupa recomendaciones específicas en varios puntos:

Procedimiento de Debidas Diligencias (DDC) y Registros Actualizados sobre Clientes.

Siempre las instituciones financieras tiene la obligación de identificación y verificación de los clientes debiendo señalar la identificación no solo de la persona que figura como el cliente, si no identificar al último beneficiario, siendo así impedimento para la apertura de cuentas anónimas de nombres ficticios (Recomendación 5).

Estos requisitos de identificación de clientes y registros de sus identidades se aplican también ha las actividades y profesiones no financieras en los siguientes casos:

- a) Casinos, cuando los clientes realicen operaciones financieras iguales o mayores al límite designado aplicable.
- b) Agentes inmobiliarios, cuando participan en operaciones para sus clientes relacionados con la compra y venta de bienes inmuebles.
- c) Comerciantes dedicados a la compra venta de materiales preciosos y piedras preciosas, cuando hagan alguna operación en efectivo con algún cliente igual o mayor al límite designado.
- d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes o contadores o contables, cuando preparan o llevan a cabo operaciones a sus clientes, relacionada con las siguientes actividades, compraventa de

bienes inmuebles, administración de dinero, valores y otros activos, del cliente, administración de cuentas bancarias de ahorro o valores, organización de aportes para la creación, operación de administración de compañías; creación, operación, o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas; y compra venta de entidades comerciales.

- e) Proveedores de servicio de sociedades y fideicomisos, cuando preparan o llevan a cabo operaciones para un cliente en relación con las actividades detalladas en la definición del Glosario.

Comunicación de operaciones sospechosas y cumplimiento.

Es obligación de las instituciones financieras el comunicar a las autoridades o a la Unidad de Inteligencia Financiera cualquier operación sobre la que existe sospecha de que determinados fondos son el producto de una actividad delictiva o están relacionadas con el terrorismo (Recomendación 13). Excepción de responsabilidad penal y civil a entidades y funcionarios que informan de buena fe a la Unidad de Inteligencia Financiera de sus sospechas sobre terminadas operaciones (Recomendación 14). Establecimiento de programas por las entidades financieras para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo a las actividades y profesiones no financieras con determinadas salvedades (Recomendación 16).

3.3.1.3 Otras Medidas para impedir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo

En las recomendaciones 17 a la 20 las principales medidas comprendidas son las conveniencia de disponer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para aplicar a las personas naturales y jurídicas que no cumplan las normas para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo; el establecimiento de los Estados, de medidas que controlen o vigilen el transporte físico fronterizo de dinero o medios de pago al portador, sin impedir

libertad de movimiento de los capitales, así como el control y vigilancia de otras actividades y profesiones que tengan riesgo de lavado de activos o financiación del terrorismo.

3.3.1.4 Medidas a adoptar con respecto a países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o se las aplican Insuficientemente

La Recomendación 20 supone una sanción indirecta dados los problemas o tardanzas que conllevan el examen del transfondo y fines de las operaciones exteriores de un determinado país por el resto de países que aplican las Recomendaciones, en caso de no aplicación insuficiente el país podría ver agravada su situación en función de las contra medidas que pudieran adoptar otros países conforme lo señala la Recomendación 21.

3.3.1.5 Medidas Institucionales y de otros tipos destinadas a combatir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo

En las Recomendaciones 26 a la 34 que hacen referencia a las facultades y recursos de las autoridades competentes así como a la transparencia de las personas jurídicas y de otras estructuras jurídicas, el GAFI considera que los Estados deben crear un organismo central denominado Unidad de Inteligencia Financiera que recoja y analice las alertas de operaciones sospechosas y cualquier información relacionada con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, las mismas que deben tener facultades suficientes para vigilar y supervisar el cumplimiento de la normativa en lo referente al lavado de activos por parte de las instituciones financieras con los recursos financieros humanos y técnicos adecuados.

Dentro de lo referente a la estructura de las personas jurídicas se recomienda a los países que establezcan medidas, métodos o procedimientos para impedir su uso ilícito de estas personas jurídicas por parte de lavadores de activos, entre las medidas que adopta la Recomendación 33 podemos señalar el

obtener información sobre los verdaderos dueños de estas sociedades y no solo de los que figuran como socios o titulares, debiéndose poder obtener información de los beneficiarios finales de las mismas, como claro ejemplo tenemos los fideicomisos.

En la práctica existe diferentes clases de sociedades sobre las cuales se cimientan estas organizaciones delictivas que tiene como actividades las comerciales, industriales o financieras en donde sus auténticos propietarios no aparecen como titulares de estos bienes o derechos teniendo como objeto no poder ser identificados, pero para eso existe un instrumento jurídico que es el levantamiento del secreto de la personalidad jurídica pero para mayoría de los casos esto se convierte en pura teoría ya que es difícil la vinculación entre un fiduciario ficticio y su verdadero propietario. Hay que reconocer que esta clase de sociedades tienen acciones al portador sobre las que no existe control por parte de autoridades de los países en los que se encuentran domiciliadas, lo que se ha constituido en una herramienta muy utilizada por las organizaciones delictivas internacionales para operaciones de lavado de activos.

El GAFI no recomienda presidir o perseguir a esta clase de sociedades ya que no son instrumentos necesariamente ilegales o medios de lavado de activos, lo que se recomienda es prestar especial atención para prevenir la eventual utilización ilegal de las mismas.

3.3.1.6 La Cooperación Internacional

En las Recomendaciones de la 35 al 40 el GAFI recomienda ser parte y aplicar sin restricciones textos internacionales como la Convención de Viena, la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención del Consejo de Europa sobre el Blanqueo de Capitales, Investigación, Incautación y Decomiso de Productos del Delito, si casi todos los países aplicarían con vigor los convenios señalados la cooperación internacional tendría un efecto eficaz dentro de esta materia.

En el caso de extradición, las Recomendaciones entienden que lavado de activos debe ser un delito que da lugar a dicha medida existiendo la posibilidad de extraditar personas solo con ordenes de detención incluso una posible extradición simplificada de las personas que renuncian a los procedimientos normales; también recomiendan un intercambio de información entre países en donde debe existir el control y garantías para asegurar el uso de los actos proporcionados sin violentar la privacidad y la protección de datos.

3.3.1.7 Recomendaciones Especiales contra la Financiación del Terrorismo

Teniendo como antecedente el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 el GAFI realizó un estudio sobre medidas que sirvieran para la lucha contra la financiación del terrorismo, por ese motivo en octubre de 2001 se añadió ocho Recomendaciones Especiales contra la financiación del terrorismo, y luego en octubre de 2004 se añadió una novena Recomendación que es común para la lucha contra el lavado de activos como para la financiación del terrorismo.

Las ocho Recomendaciones Especiales contienen fundamentalmente una llamada de atención a los países para que ratifiquen y pongan en práctica las Convenciones de las Naciones Unidas, para que tipifiquen como delito la financiación del terrorismo, implanten en sus ordenamientos nacionales medidas de embargo y decomisos de los activos que financien el terrorismo y las organizaciones terroristas, extiendan la comunicación de operaciones financieras sospechosas de lavado o aquellas que puedan ser vinculadas a actividades terroristas, así como una mayor cooperación tanto en el ámbito judicial como policial respecto de personas relacionadas con actividades terroristas; vigilancia y control de organizaciones sin fines de lucro; exigencia a las instituciones financieras sobre datos identificados de partes relacionadas en las transferencias de dinero.

En la novena Recomendación Especial la misma que se refiere al transporte fronterizo de dinero o medios de pago al portador siendo esta modalidad uno de los principales métodos de lavado de activos que hoy en día se encuentra en incremento, el paso de dinero por la frontera de un país no supone necesariamente el lavado de activos ya que para ingresar dinero en efectivo dentro del sistema financiero de un país es necesario la intervención de una institución financiera o no financiera que se preste a olvidar normas que contienen la reglamentación de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, esta Recomendación invita a los países para bloquear los transportes físicos de dinero o instrumentos de pago al portador en la fronteras, de la misma manera se pide la identificación en el intercambio de información sobre los movimientos en efectivo que tenga esta finalidad.

CAPÍTULO IV

4 DE LAS NUEVAS FORMAS DE PRESENTACIÓN DEL DELITO

A través de este trabajo se intenta dar una amplia visión de lo que realmente es el lavado de activos para lo cual este trabajo tiene como uno de sus objetivos dar a conocer la nuevas formas de presentación de este tipo penal, ya que es un fenómeno delictual en constante cambio por las influencias tecnológicas y profesionales de las cuales se valen las organizaciones criminales para realizar estas actividades ilícitas, es por tanto que se analizaran las nuevas formas de presentación del lavado de activos así como detectar la propiedad, posesión, utilización, oferta, venta, corretaje, comercio interno y externo, transferencia gratuita u onerosa, conversión, y tráfico de activos, que fueren resultado o producto de delitos, o constituyen instrumentos de ellos, para la aplicación de las sanciones en el caso de conocer la existencia de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas de personas naturales y jurídicas, centrando el estudio de estas operaciones sospechosas de manera que, a través de técnicas de detección y métodos de investigación, podamos reconocer esta clases de delitos de manera general, de acuerdo al perfil que mantienen en la entidad reportante y que no puedan sustentarse de acuerdo a lo registrado, pero como este delito no se presenta de una forma concreta y definida hemos creído conveniente analizarlo de una forma general y más bien tomar en cuenta aspectos que hacen que estos traspasen las fronteras y se conviertan en transnacionales para lo cual es importante estudiar la extraterritorialidad del lavado de activos, así como del financiamiento del terrorismo que tanta relación guardan entre estos y que son temas de suma importancia en la actualidad, así como también la responsabilidad de las personas jurídicas que en estos momentos se han convertido en una herramienta de este delito.

4.1 LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL LAVADO DE ACTIVOS

No caben dudas que el fenómeno de lavado de activos y de otros delitos de carácter económico y lesa humanidad tiene un carácter y sentido transnacional. Por este motivo, se ha producido una respuesta también internacional con miras a luchar y prevenir el avance de estos fenómenos. Cada vez más los miembros de la comunidad internacional han demostrado su aceptación a la necesidad de intensificar la cooperación en materia penal más allá de las fronteras de los países. El interés universal de combatir el delito en cuestión se ha visto manifestado en la suscripción de tratados internacionales impulsados muchas veces por los organismos multilaterales sobre todo en los últimos tiempos cuando el lavado tiene como objetivo el financiamiento de actos de terrorismo.

La preocupación por combatir el financiamiento del terrorismo a través del lavado de activos se intensificó con los atentados del 11 de septiembre del 2001 en la ciudad de New York, con los ataques terroristas del 11 de marzo del 2004 en la capital de España, y con los últimos acontecimientos en la ciudad de Londres, capital del Reino Unido el 7 de julio del 2005. La cooperación internacional radica en la necesidad de recurrir por ayuda internacional pues el fenómeno de lavado de activos, del financiamiento del terrorismo, así como de otros muchos delitos trasciende ampliamente los límites territoriales de los Estados, volviéndose estos fenómenos delictivos fuera de control, como una amenaza que trasciende gobiernos y fronteras, tornándose incontrolables, teniendo como única respuesta a esta la creación de organismos de cooperación internacional.

Pedro R. David nos dice que “el delito, especialmente el delito transnacional, ejecutado por organizaciones delictivas de alcance mundial de enorme poder económico y técnico, generador de corrección y destrucción de formas legítimas de convivencia, constituye sin duda la amenaza más grave para la paz mundial en el presente, sin excluir desde luego, los flagelos de la

marginalidad excluyente inequitativa en la que casi tres cuartas partes de la humanidad esta inserta".¹⁷

Siendo un hecho que las organizaciones delictivas dedicadas al lavado de activos y otros crímenes de tipo económico no cuentan con nacionalidad o límites territoriales ha llevado a varios países a incorporar principios acordes con la aplicación extraterritorial de la ley penal con miras ha reconocer en última instancia, una justicia supranacional o universal que pueda tener competencia para tratar estos asuntos, que se presenta en la actualidad como una de las amenazas más fuertes contra el bienestar de los ciudadanos. Ya no basta el reconocimiento del principio territorial¹⁸ o bien del principio de nacionalidad¹⁹, si lo que se quiere combatir en forma efectiva es el lavado de activos en el mundo entero. Con este último, objetivo los Estados se van aproximando cada día más a un derecho penal supranacional.²⁰

Pedro David nos dice que la globalización más que un modelo de características universales es un nuevo paradigma de características nacionales y en beneficio de los sectores dominantes²¹, en la actualidad las naciones deberán basarse en la Declaración sobre Delitos y Seguridad Pública de las Naciones Unidas (Viena, 1996) donde se establece en el Art. 1 que los Estados miembros deberán proteger la seguridad y bienestar de sus

¹⁷ David, Pedro R. Globalización, prevención del delito y justicia penal, Zavalia, Buenos Aires, 2004, pág.20

¹⁸ Se trata del principio rector de la ley penal en el plano espacial más trascendentales parte de que la ley es emanación de la soberanía y expresión de su voluntad. Por lo tanto, al ser la ley inseparable del concepto de estado, se aplica en el territorio por delitos cometidos en el, tanto a ciudadanos como a extranjeros. Principio consagrado en el artículo 1º, Inc., 1º del Cpen. Cfr. Fotan Balestra, Carlos, Tratado de derecho penal,cit

¹⁹ El principio de la nacionalidad toma en cuenta la nacionalidad de la persona, y se aplica en rarísimas excepciones entre nosotros. Es decir, donde vaya el nacional, se considera que su ley es aplicable. podrá tratarse de la nacionalidad del autor o de la nacionalidad del autor o de la víctima, según el principio de nacionalidad sea activo o pasivo. Cfr. ibídem.

²⁰ Finalmente, nos encontramos con el principio universal o mundial de aplicación del derecho penal en el espacio. Se trata de la extraterritorial absoluta, concentrada en el desarrollo de un derecho penal internacional aplicable tan solo para unos pocos delitos, tales como piratería, de lesa humanidad, de guerra, trata de blancas, trafico ilegal de estupefacientes, ruptura de cables submarinos soborno transnacional, corrupción corporativa, delitos por Internet, y, por supuesto el lavado de dinero, entre muchos otros.

²¹ David, Pedro R. Globalización, prevención del delito. Cit.,pág. 28.

ciudadanos, adaptando medidas eficaces para combatir el delito internacional, el delito organizado, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico de armas, el contrabando, el tráfico de personas, el terrorismo y el lavado de activos.

El lavado de activos no cuenta con áreas geográficas determinadas, ya que el circuito económico operado generalmente es por medio de una entidad bancaria con conexiones internacionales, esto significara que el giro de capitales provenientes de lavado de activos vaya perdiéndose poco a poco por el sistema financiero internacional para finalmente llegar a un paraíso fiscal, donde el secreto bancario y las sociedades *off Shore* sean costumbre, y a través de estos generar un reciclaje del dinero originariamente proveniente del lavado de activos en el sistema financiero licito de un país, teniendo como resultado negativo en el PIB de los países que fueron víctimas del proceso de lavado de activos, así como tampoco podemos olvidar el impacto que el uso de Internet de los medios de comunicación tienen en el tema.

Los acontecimientos de las época enumerados anteriormente y de los cuales hemos hecho parte este tema, han sido considerados por diferentes naciones al fin de acercarse cada día más a lo que se ha denominado como “principio universal, mundial de la aplicación espacial del derecho penal”, como ya hemos venido enunciando los Estados tienden a construir el derecho penal internacional, mediante la aplicación de conceptos extraterritoriales de competencia y a la armonización de sistemas internos en base de principios universales, sin perder su soberanía y los principios jurídicos esenciales propios de su idiosincrasia.

El lavado de activos de nuestro país ha adherido tan solo una parte de la postura del derecho penal entendida de la forma más amplia, prueba de aquello es la nueva “LEY DE PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y ERRADICACIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y DEL FINANCIAMIENTO DE DELITOS“, que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 352 del jueves 30 de diciembre de 2010, fecha en la que entró en vigencia, en donde

se ratifican algunas de la convenciones internacionales referidas a esta materia, tales como la reconocida Convención de Viena de 1988, o el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, y la Convención Interamericana Contra el Terrorismo del año 2002, entre muchas otras más.

Es así que a través de los años nuestro país ha hecho muchos intentos por acatar las sugerencias de los tratados de los organismos internacionales que si bien no son vinculantes no tienen fuerza de ley justamente por tratarse de recomendaciones, no dejan de tener vital importancia si los que se espera es nuestra inserción en el mundo globalizado. Entre este último grupo encontramos al Reglamento Modelo de la OEA Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, o el Grupo de Acción Financiera (FATF-GAFI), y sus recomendaciones respecto de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

No cabe duda que nuestro país a intentado responder a la demanda internacional sobre el lavado de activos, sin embargo a través de las diferentes reformas realizadas a la ley sobre este tema, ha los assembleistas les a faltado habilidad y decisión política para dar cumplimiento a lo que disponen nuestras leyes y los diferentes organismos internacionales y sus recomendaciones, parte de este análisis es observar lo que otros países más avanzados en este tema han legislado al respecto. Nuestro sistema jurídico penal concebido para sociedades nacionales tradicionales y no para una sociedad global y universal como es actualmente.

Otros países que se encuentran muy por delante de nosotros en el desarrollo han creado la justicia de competencia universal para los supuestos de lavados de activos y financiamiento del terrorismo, entre otros delitos transnacionales de importancia que afectan al mundo globalizado. Entre los países representativos de este avance son el Reino de España, mediante la incorporación del artículo 301, párrafo 4º de su Código Penal, y los Estados

Unidos de Norteamérica, a través de sus reciente fallo “Pasquantino et al. Vs. United States”. Estos dos ejemplos elegidos se tratan de fieles reflejos de la tendencia universal para ampliar las fronteras de sus competencias para juzgar crímenes que no reconocen fronteras ni naciones.

4.1.1 El caso Español: Reconocimiento de la Justicia Universal para los casos de lavado de dinero (Artículo 301, Párrafo 4º del Código Penal Español)

Según el artículo 301, párrafo 4º del CP. Español referido a los casos de lavado de dinero: “El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provienen los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente en el extranjero”.

El precepto español se va mucho mas allá incorpora una regla de aplicación ultra territorial de la ley española. En definitiva, este país no hace otra cosa que incluir al lavado como uno de los crímenes que pueden perseguir en base al principio de justicia universal.

La doctrina española, en su mayoría, alega que hubiera sido más conveniente ubicar el párrafo 4º del artículo 301 dentro del artículo 23 de la L.O. del Poder Judicial que señala en su conjunto y en forma específica los delitos a los cuales según el legislador español, se les otorga para su represión el principio universal o mundial.²²

²² Según el artículo 23.4º de la LO 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, “igualmente será competente la jurisdicción española para conocer los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los delitos: a) Genocidio, b) Terrorismo, c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) Falsificación de moneda extranjera, e) los relativos a la prostitución, f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) Y cualquier otro que, según los Tratados y Convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

4.1.2 El caso de los Estados Unidos: Análisis del reciente fallo “Pasquantino et al. vs. United States”²³

Tradicionalmente Estados Unidos en los delitos económicos dio la competencia de los tribunales de su país, siempre y cuando uno de sus ciudadanos sea estadounidense. Específicamente para el delito de blanqueo de capitales el USC de Estados Unidos prevé en su Sección 1957 (d) la competencia de aquel país cuando un delito de blanqueo sea cometido fuera de su jurisdicción territorial, pero participe de la maniobra al menos un ciudadano estadounidense.

En síntesis, hasta allí este país sostenía el principio de la nacionalidad del sujeto activo, para los delitos del blanqueo de capitales como también para muchos de los crímenes considerados con características transnacionales.

Sin embargo a partir el fallo “Pasquantino vs. United States” resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos el pasado 26 de abril de 2005, ese país ha extendido la competencia de tribunales para juzgar crímenes de estirpe económica –como los de lavado de dinero, evasión impositiva, fraudes en general entre otros cuando, en cualquier momento de ejecución del delito, se utilice una comunicación por cables de ese país (*wire fraud statute*)²⁴

Directamente en el análisis de los antecedentes históricos del caso, decimos que en “Pasquantino et al” La Corte Suprema de ese país tuvo que resolver el conflicto que se había presentado por jurisprudencia contradictoria entre las Cortes de Apelación Federal del Primer y Segundo Circuito. Los casos en

²³ La fuente para el análisis del fallo “Pasquantino” fue extraída del informe mensual realizado por el estudio Davis Polk & Wardwell, memorandum titulado “Case Pasquantino” de julio 2005. Además se consultó información periodística del ámbito financiero (Buenos Aires), La Nación (Buenos Aires), Washington Post (USA), New York Times (USA) y LexisNexis (USA), del 12/14 de agosto de 2005.

²⁴ La sección 1343 establece que será delito uso de medios de comunicación por cable interestatales, por ejemplo, teléfono, Internet, trasferencias bancarias electrónicas, correo electrónico (*mail fraud*) para efectuar cualquier plan o artificio para cometer fraude o para obtener dinero o propiedad de manera fraudulenta, o a través de representaciones o promesas falsas.

cuestión eran “US v. Francisco Boots et al”, resuelto por el Primer Circuito y “US v. Trapilo et al. Resuelto por el segundo circuito. Ambos casos disentían sobre si el mero uso del Sistema de Cableado de los Estados Unidos (US wires) en la comisión de un delito económico ocurrido en el extranjero (principio de territorialidad) y donde no haya intervenido ningún ciudadano estadounidense (principio de la nacionalidad) era suficiente para que interviniera la justicia estadounidense en su juzgamiento.

Cabe agregar que sus hechos consistieron en que Carl Pasquantino, David Pasquantino y Arthur Hilts fueron condenados por una Corte de Distrito de Estado de Maryland por haber ordenando por teléfono (punto de conexión que atrajo la competencia a los tribunales de USA) grandes cantidades de licor a licorerías en los Estados Unidos con precios de descuentos y por haber transportado dicho licor a través de la frontera canadiense. El licor era ingresado en este último país sin ser declarado a los oficiales de la Aduana canadiense y por lo tanto evadiendo impuestos especiales de consumo canadiense que en ese momento hubiese sido aproximadamente el doble del precio pagado por el licor. Los demandados apelaron la confirmación de la condena dictada por la Corte de Apelaciones y por eso el caso arribo a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En el caso “Pasquantino” el máximo tribunal decidió, 5 votos contra 4, ratificar la confirmación de condena dictada por el Segundo Circuito y reconoció que como efecto incidental a estas condenas podrían presentarse órdenes de parte de Canadá. En efecto, la Corte de los Estados Unidos volvió a expresar en su fallo la posibilidad de comisar los bienes correspondientes a la comisión del delito penado y devolverlos a sus víctimas, este caso el fisco canadiense, acorde con lo exigido por la *Mandatory Victims Restitution Act of 1996*.

Los jueces justifican la ampliación de su competencia para juzgar estos crímenes en aquellas circunstancias que en el gobierno estadounidense tendría un interés autónomo e independiente al del país donde efectivamente

ocurrieron los hechos, ya que para su consumación se utilizó el sistema de telecomunicaciones estadounidense en cualquier de sus formas posibles (ejemplo: e-mail, teléfono, transferencias bancarias, Internet, etc.).

De los nueve jueces del máximo tribunal, solo cuatro votaron en desistencia: con lo cual, la crítica más importante al fallo “Pasquantino et al.” Y sus efectos provienen justamente de los jueces disidentes. Entre ellos, cabe destacar la opinión del juez Ruth Ginsburg, quien señaló que dado que la sentencia dictada en el fallo en cuestión consideraba que la evasión de impuestos fraudulenta era alcanzada por la ley de fraude por medios de comunicación por cable (wire fraud statute) contenida la sección 1343, Estados Unidos habría las puertas a futuros juicios penales iniciados bajo las leyes federales de lavado de dinero, por blanqueos ocurridos en forma material en el extranjero. El criterio del destacado juez parece ser acertado si tenemos en consideración que prácticamente todas las transferencias de dinero electrónicas en dólares estadounidense pasan a través de los Estados Unidos, especialmente por el Estado de New York.

Por último, resulta interesante agregar que, con anterioridad al fallo “Pasquantino”, esta misma doctrina ya habría sido aplicada por tribunales inferiores en los Estados Unidos. De hecho, la antesala al histórico fallo bajo estudio fue la sentencia dictada a principios de junio de 2005 por un Tribunal Federal de San Francisco que condenó a quien fue el Primer Ministro de Ucrania, por delito previo fraude por medio de comunicaciones por cable (wire fraud statute) y el del soborno a un hombre de negocios de Ucrania.

Otro antecedente útil del fallo en cuestión, que además muestra la condición transnacional del delito de lavado, lo brinda el caso “Michael Tarkoff” de la Corte Criminal de los Estados Unidos de Norteamérica. Se sostuvo en esa instancia que aunque el delito previo del lavado de dinero y el propio lavado se habían cometido fuera de su territorio, por el solo hecho de dicha persona hizo

uso de las líneas telefónicas de los Estados Unidos, el fuero federal de ese país tendría competencia para juzgar el hecho²⁵.

4.2 APLICACIÓN DE LA JUSTICIA UNIVERSAL PARA LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS

La competencia universal se aplica sobre los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, delitos de lesa humanidad, entre otros crímenes de gravedad para el mundo, siempre que se trate de un juicio justo respetándose los principios del derecho, principios procesales y constitucionales del acusado. Concebido el delito de lavado de activos como un delito que repercute grandemente en la economía de los países que son involucrados en este ilícito, así como en el mundo entero, y que su combate es muy difícil si no se cuenta con la colaboración internacional que este dispuesta a crear una justicia penal internacional.

Es común que en muchas naciones no se encuentren en condiciones técnicas ni políticas para investigar los casos de lavado de activos reinando en estos un gran sentido de impunidad, así como también muy rara vez se termina condenando al autor principal del delito.

Las organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos gozan de un poder técnico y de *lobby* mayor inclusive de algunos Estados pequeños, más aún si estos últimos son paraísos fiscales. En el mundo existen países que tienen como finalidad el real y efectivo combate al lavado de activos, y en otros casos Estados con escaso interés que suelen no formar a sus organismos públicos de modo no profesional, desactualizados y sin los recursos técnicos y físicos impotentes para combatir este delito en cuestión.

No es que falte iniciativa formal en el mundo para luchar y prevenir el lavado de activos, sino lo que escasea es la voluntad de algunos países de aplicar

²⁵ Díaz, Vicente. El sustrato del delito de lavado de Dinero...

efectivamente en casos concretos sus normas de lucha y prevención de lavado de activos y de la corrupción. Esta realidad que se acentúa y a la que enfrentamos tiene apariencias de licitud, casi no existiendo ninguna reacción social al no verse una víctima en concreto. Las víctimas de lavado de activos como ya hemos dicho somos principalmente todos, ya que este fenómeno no solo ataca a la administración de justicia sino también a la estabilidad económica financiera de los Estados.

Con esta nueva propuesta se tiende a una justicia internacional para ciertos delitos como el financiamiento del terrorismo y lavado de activos con lo que se quiere lograr una afectiva persecución para ambos delitos que íntimamente se encuentran unidos. Como ya hemos dicho estas organizaciones criminales crecen rápidamente con inmensas fortunas y con estructuras poderosas y es donde los Estados deben unirse con miras a enfrentar este fenómeno día a día que perjudica la sociedad.

4.3 EL DELITO DE FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

En últimos años se han venido impulsando propuestas tendientes a neutralizar las redes internacionales del terrorismo mediante la penalización e intersección de sus vías de financiamiento, en este sentido he visto que el delito de lavado de activos es una importante herramienta para encontrar este fin. Además de lavado de activos tema de análisis en este trabajo, los organismos multilaterales vieron la necesidad de incluir un nuevo tipo delictual el financiamiento del terrorismo este nuevo delito que no se encuentra incorporado en muchos de los países desarrollados hoy en día es considerado en igual rango de importancia y con una esencia similar del delito de lavado de activos. Tanto es así que en el lenguaje internacional resulta incompleto referirnos solo a prevención y represión del lavado de activos sin dejar de nombrar al delito de financiamiento del terrorismo, nuestros asambleístas en la última reforma a la Ley de Lavado de Activos hicieron un agregado como reforma respecto de su título agregando del financiamiento de Delitos por lo

que se cree conveniente hacer referencia a tal importante tema de actualidad relacionado con el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, que son generalmente tratados en conjunto, como dos caras de una misma moneda.

A continuación se hará referencia en primer lugar a la unión entre ambos delitos para luego continuar con sus diferencias.

No hay duda de que tanto el delito de financiamiento del terrorismo como de lavado de activos son dos delitos independientes y autónomos que se basan en una misma idea común que es combatir las organizaciones criminales a través de medidas encaminadas a reprimir el financiamiento de sus actividades. Se observa una estrecha unión entre ambos delitos, al sugerir los Estados que incluyan al financiamiento del terrorismo como delito previo del lavado de activos que se encuentra en Recomendación II del GAFI. Esta inclusión es automática en el caso de algunos países que son suscriptores de este grupo.

Debemos destacar que ambos delitos resultan ser diferentes principalmente porque no en todos los casos el terrorismo necesita hacer uso del proceso de lavado de activos, y no siempre el terrorismo depende del lavado de activos ni viceversa, el lavado de activos depende del financiamiento del terrorismo.

Es conocido que el terrorismo precisa solvencia económica para poder costear su infraestructura; sin embargo también es cierto que los activos que recauden no siempre deben ser lavados previamente para poder ser utilizados con este fin. Mucha de las armas de guerra, explosivos, entre otros elementos requeridos por los terroristas, suelen obtenerse de forma ilegal al amparo de la economía informal, el objetivo del terrorismo no es disfrutar de los activos obtenidos a través de la comisión del delito, sino más bien estar en condiciones de costear sus operaciones. El dinero utilizado en estos grupos viene del mercado económico informal, la investigación económica de sus atentados será de inmensa importancia pero no así la vinculación del lavado de activos ya como se ha dicho los activos utilizados nunca ingresaran al mercado lícito como otra segunda posibilidad.

Según “Gabriela Adriasola tenemos que el recorrido de lo activos del terrorismo sea inverso al de lavado de activos, es decir que en vez de ser lavado se ensucia, mediante la aplicación de dinero lícito al fin que ingrese al mercado ilícito”. El procedimiento consiste en enviar dinero limpio a los circuitos clandestinos, ya que los bienes y actividades que desean financiar las células receptoras de esos fondos se ubican precisamente en la clandestinidad, donde solo circulan activos que conviven en una economía informal. Como se ha señalado, este segundo proceso resulta a todas luces el opuesto al del lavado de activos, ya que en vez de intentar lavar los bienes provenientes del crimen que se encuentran ubicados en el mercado informal, el terrorismo hará el proceso inverso.

En tercer lugar el supuesto lavado de activos también esta presente en el terrorismo ya que las células terroristas, organizaciones terroristas con el fin de realizar sus atentados podrán requerir que dinero ilícito sea convertido en lícito.

Y es así, que como resultado de los reportes de los organismo internacionales, el grupo Al Qaeda, entre otros, requieren del mercado lícito a fin de financiar sus atentados y permanecer escondido tras la conformación de sociedades fantasmas y constituidas en los denominados paraísos fiscales al fin de ocultar sus activos en el sistema económico financiero y de este mismo modo poderlos movilizar de un lugar a otro. En síntesis, los procesos que podrán transitar los activos pertenecientes al terrorismo son básicamente tres: a) dinero ilícito que en ningún momento escapa la esfera del mercado secundario, ilícito o paralelo, es decir, dinero que en ningún momento es “lavado”, ya que su aplicación se digita en todo momento fuera del mercado económico lícito; b) dinero lícito convertido en ilícito, proceso denominado de “ensuciamiento” a fin de poder ser utilizado en la clandestinidad; c) finalmente, el clásico proceso de lavado de dinero, mediante el cual las células terroristas requieren reciclar en el mercado lícito su dinero proveniente del tráfico de drogas, cohecho, evasión fiscal, hurto, robo, estafa, secuestro extorsivo, entre muchos otros actos ilícitos.

Queda claro que cualquiera de los tres procesos individualizados anteriormente podrán concurrir entre sí para financiar al terrorismo, siendo de vital importancia a fin de conformar el tipo penal de este novedoso delito determinar para que se lo usa,²⁶ ya que como se ha observado los fondos no tienen por que provenir de actos ilícitos, ni tienen porque haber sido objeto de lavado de activos; no es el origen de los fondos lo que determina el delito en cuestión, sino el uso que se les da o se procura darle. Para que haya delito, claro está deberá determinarse que los bienes son para financiar actos de terrorismo o dar respaldo a terroristas u organizaciones terroristas.

Otro elemento que evidencia una estrecha relación entre el fenómeno de lavado de activos de capitales y de financiamiento del terrorismo es que será muy probable que los activos con fines terroristas, sometidos a cualquiera de los tres procesos señalados anteriormente, hayan provenido originariamente o en forma sustituta del crimen. Es decir, parece lógico deducir que los bienes utilizados por el terrorismo en algún momento hayan provenido de la realización de un crimen en el que puede o no haber participado la célula terrorista que en esta nueva oportunidad los utiliza para financiar sus actos.²⁷ Por lo expuesto, resulta comprensivo el interés de los organismos multilaterales en tipificar una nueva figura que penalice estrictamente el financiamiento del terrorismo y que venga actuar en forma paralela del lavado de activos.

Los esfuerzos de la comunidad internacional por evitar y castigar el financiamiento del terrorismo forman parte de una campaña global tendiente al combate de todos los aspectos del terrorismo. En ese contexto, se reconocen tres fuentes principales en el plano internacional de las que emanan las obligaciones referidas a prevención y lucha contra el financiamiento del terrorismo. Las tres fuentes principales son: (i) el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, (ii) La Resolución 1373

²⁶ Carella, Alfredo. Lavado de dinero: Alcances del secreto profesional. LL 2005-B-1277.

²⁷ Cfr. IMF, World Bank, & BID: Technical assistance in Money laundering problems" documents presented by los Srs. Jean Francois Thony (FMI); Bess Michael (BM), y James Spinner (BID), en el auditorio del BCRA, Buenos Aires, el 30 de marzo de 2005.

(2001) del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, (iii) y por ultimo, las 9 Recomendaciones Especiales sobre el Financiamiento del Terrorismo del Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos de Capitales (GAFI). Cabe agregar que las dos primeras fuentes tienen carácter oficial, es decir son vinculantes para los Estados que las ratifiquen (*hard law*), mientras que la tercera tiene carácter de recomendaciones internacional (*soft law*).

4.4 LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El debate de la responsabilidad de las personas jurídicas es propio de la teoría general del derecho penal, y no en particular del delito de lavado de activos. Sin perjuicio de ello, la cuestión tiene una especial persecución práctica y de política criminal en los delitos socioeconómicos como el estudiado.

La persona jurídica como se ha visto en el caso de nuestro ordenamiento jurídico exige formas societarias para la realización de determinadas actividades mercantiles, como pueden ser las bancarias, las de seguros, etc. Pero en el caso práctico se muestra que casi la totalidad de actividades a que se refieren las normas internacionales y ordenamiento jurídico nacional tienen de titulares a sociedades mercantiles, y es así que nuestra legislación a tomado parte de estas corrientes y a integrado a su derecho una sanción directamente descrita en el Art. 17 de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y el Financiamiento de Delitos con la extinción de la misma como pena impuesta. Pues la ley no quita que sean responsables las personas jurídicas ya que son los que habitualmente aparecen como responsables por el incumplimiento de las obligaciones impuestas y, en consecuencia las que directamente van a sufrir las sanciones en los casos conforme a lo que señala el Art. 17 de la ley.

Se hace necesaria una referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador.

El vocablo “*societas delinquere non potest*” ha venido a recoger el principio del derecho penal, ya que las personas jurídicas no pueden cometer delitos ni en consecuencia responder penalmente, por faltar el elemento subjetivo que integra la culpabilidad, pero a pesar de que la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido reconocido en el ámbito administrativo sancionador por la ley de lavado de activos nacional.

Más acertadamente el profesor Parada²⁸ dice que la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido una de las causas del desarrollo de la potestad sancionadora administrativa que permitirá castigar a entes que, por no ser personas físicas, no se consideraban culpables ante el Derecho penal y que, además, no podrían ser condenados a penas privativas de libertad, las ordinarias en aquel derecho.

La capacidad infractora de las personas jurídicas ha sido expresamente reconocida tanto por la ley nacional, el derecho comparado, la normativa de organismos internacionales; y la doctrina de los tratadistas conforme al cual el derecho administrativo reconoce la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles la capacidad infractora, sin que ello signifique que las infracciones cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.

Señala así mismo el profesor Parada que como la legislación administrativa especial, a través de las distintas leyes, se ha venido sancionando a las sociedades olvidando sancionar a los dirigentes lo que no es justo, pues de que paguen los desconocidos e ignorantes accionistas es menester que la sanción administrativa se centre en los personalmente responsables, es decir en los directivos que no salven de su responsabilidad.²⁹

²⁸ Parada Vázquez, Op. Cit., Pág. 534.

²⁹ Ibídem. Pág. 53.

Y es tanto así que se ha iniciado una nueva corriente especialmente en el Derecho administrativo económico, por la que se regula la responsabilidad conjunta o solidaria de las personas jurídicas y sus administradores, para así lograr un equilibrio de frentes de responsabilidad compartida.

Las recomendaciones del GAFI también hablan del tema de responsabilidad de las personas jurídicas en su recomendación número 7 establece que “en la medida de lo posible, debería facilitarse el procesamiento de las propias corporaciones, y no solo de sus empleados”. En este mismo sentido expidió el Consejo de Europa, a través de su Recomendación 88/18, donde se insta a los países europeos a reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los tradicionales argumentos de falta de capacitación de acción, culpabilidad y de pena de las personas ideales no abordan en este momento, ya que se trata de debates que exceden el objeto de este trabajo. Sin perjuicio de ello, en el caso puntual del delito de lavado de activos, quienes están contra la penalización de las personas jurídicas indican específicamente que las personas de existencia ideal no se encuentran en condiciones de reconocer el origen ilícito de los bienes, siendo esta una exigencia legal.

La posibilidad de alternar el principio *societas delinquere non potest*; tal como lo hizo Francia, España o Estados Unidos³⁰, es un planteamiento que escapa el tema que me he propuesto estudiar en este trabajo, y por tanto debo concluir a

³⁰ En los Estados Unidos, la Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (denominada brevemente como la “USA Patriot Act”), dispone severas sanciones penales para las personas jurídicas y sus funciones que incumplan con alguna de sus disposiciones tendientes a combatir el lavado de dinero proveniente del terrorismo, corrupción y otros delitos graves, que consisten en penas de prisión delictiva de hasta 20 años para los funcionarios, y multas de 500 mil dólares o dos veces el valor de la operación de lavado, lo que sea mayor, para las personas jurídicas. Cfr, BARBOSA, Adalberto A., “La lucha contra el lavado de dinero y el terrorismo internacional en el derecho comparado. Algunos comentarios sobre “USA Patriot Act”, LL Sup. Act., 15/7/2003

manera de sugerencia necesaria, pero idéntica a la que se fórmula para el resto de los delitos de contenido socioeconómico.³¹

4.5 OPERACIONES SOSPECHOSAS

Un aspecto complejo del sistema de prevención, precisamente, es que cubre la fase de investigación de operaciones, porque habrá que determinar si las comunicaciones surgidas de los procedimientos internos de análisis de las operaciones sensibles al lavado de dinero guardan relación con las actividades del cliente que las ha generado o efectivamente se trata de operaciones sospechosas.

Para lograr este objetivo es necesario efectuar una etapa de análisis e investigación, en la cual se debe utilizar herramientas técnicas tanto del área de control interno como del forense, con conocimientos de su manejo y experiencia en este tipo de operaciones, que permiten determina con un importante grado de certeza que los resultados permitirán fundamentar una denuncia y poner a resguardo a la institución y a sus integrantes de una posible demanda de daños y perjuicios en caso de que sea sobreseído en el proceso penal respectivo.

Generalmente esta actividad es realizada por una unidad especializada, cuyas funciones, además de investigar las denuncias internas, informar al comité

³¹ Para mas información respecto de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas sugerimos consultar los siguientes libros (i) entre los que se hallan en contra de la posibilidad de incrementar a las personas jurídicas encontramos, entre otros, a Rodríguez Estévez, Juan María, *el derecho penal en la actividad económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2000, Capítulo V, titulado " Responsabilidad de las Personas Jurídicas", págs.253 a 294; (ii) por otra parte, entre los que se encuentran a favor de un replanteo, fundado su posición básicamente en cuestiones de política criminal, encontramos a *Bacigalupo Saggese, Silvina, La responsabilidad penal de personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1998; Gustavo E.-Abraldes, Sandro Fabio, Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal, Bdef, Buenos Aires;200. Balgun, David. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Depalma, Buenos Aires, 2000; entre muchos otros autores que comienzan a reconocer que la creación de un nuevo modelo teórico es necesario debido a que las corporaciones, cuyo ropaje normativo es la persona jurídica, se han convertido en protagonista principales de las conductas desvaliosa de mayor daño social, especialmente en materia y en la esfera económica.*

antiblanqueo sobre los resultados obtenidos, presentar propuestas sobre el destino de las comunicaciones.

El proceso de investigación debe garantizar que aquella actividad del cliente sea dudosa sea examinada para establecer el origen de fondos, determinar y documentar la razón de la actividad y si esta resuelta efectivamente sospechosa. Por lo tanto debe contar con procedimientos específicos y eficientes que permitan advertir con rigor científico si realmente las operaciones se definen en dichos términos, resguardar los soportes documentales del análisis, definir la generación de informes confidenciales al respecto y establecer los controles que aseguren el cumplimiento de la decisión adoptada. Para lo que deben contar con el acceso a información tanto interna como externa y estar dotados de la capacidad de maniobra para el cumplimiento de sus funciones.

Los casos a investigar pueden provenir de distintos orígenes, pero en todos los casos deben recibir el mismo tratamiento de análisis, generar un informe que documente las acciones desarrolladas y proceder al resguardo de la documentación utilizada, siempre de acuerdo con las normas, prácticas y procedimientos internos y de la legislación vigente. Se considera fuentes internas a las unidades de la propia entidad que genera la comunicación sospechosa, implementada por el sistema de prevención.

Son fuentes externas los organismos regulatorios y los juzgados que por trámites de distinta naturaleza procesal y/o administrativa solicitan información al sujeto obligado. De fuentes propias provienen los casos que gestiona la misma unidad responsable del proceso de investigación, como puede ser mediante el monitoreo de las bases de datos de la entidad.

4.5.1 Técnicas de Detección

Las normas generales que deben aplicarse para la detección de operaciones sospechosas son las equivalentes a las del fraude, puesto que el intento de utilizar una organización para legitimar fondos ilícitos, también configura una actividad fraudulenta:

1. Nunca pasar por alto lo evidente. Las personas con escasa experiencia en investigación de fraudes pueden pensar que sus entramados son tan complejos que jamás podrán detectarlos. Quien aspira detectar un fraude siempre permanecerá en alerta reconocerá sus síntomas y cuando aparecen seguirlos hasta el final.
2. Buscar las desviaciones, no la solución más compleja. El enfoque correcto consiste en comenzar examinando las soluciones más obvias y después si es necesario proceder por la eliminación y buscar la siguiente respuesta más sencilla.
3. Concentrarse siempre en el punto más sencillo y débil del fraude. La mayoría de ellos tienen tres elementos: Acto de sustracción, ocultación y conversión fraudulenta, el investigador debe considerar siempre todos los elementos y determinar en cual de ellos puede aparecer los síntomas más evidentes concertándose a continuación en él cuando el presunto fraude ofrece un aspecto más complejo se averigua la "pista del dinero".
4. Si se han manipulado las cuentas o destruidos los registros, aquella persona cuya culpabilidad hubiera resultado más evidente, si la manipulación o destrucción no se hubieran producido, será considerada como el primer sospechoso.
5. Si tras la investigación de todos los hechos el culpable parece ser determinada persona, es más que probable que realmente lo sea; es

esta otra regla de sentido común. Lo más probable es que el sospechoso resulte ser el responsable, aun cuando con frecuencia se descubra que se trata de un empleado de la mayor confianza y muy considerado por sus superiores.

6. La prevención y detección de fraudes no constituye una actividad esporádica, sino que se debe formar rutinaria de la actividad empresarial; las técnicas de detección exigen una actualización continua para tener en cuenta los cambios en las prácticas y riesgos empresariales.
7. No es imprescindible detectar todos los fraudes a la vez. El objetivo principal de la detección de fraudes es evitar que se produzcan. Si cada caso se detecta e investiga, se produce un efecto disuasorio. No hay que buscar lo imposible, suprimir todos los fraudes de un plumazo.
8. La detección de operaciones sospechosas es una tarea ardua. Han de emplearse, y a veces desperdiciarse, largas y difíciles horas de trabajo que no siempre serán coronadas por el éxito. Una vez detectada la operación sospechosa e identificados los síntomas iniciales, se ha de iniciar el trabajo propiamente dicho, la investigación. También puede ser esta una tarea tediosa y laboriosa, pero el esfuerzo suele rendir frutos.
9. El banco, como cualquier organización, presenta puntos y operaciones vulnerables en las que cabe la posibilidad de que tenga lugar una tentativa de ser utilizado para el lavado de dinero. Cuando se aprovechan fraudulentamente estos puntos u operaciones vulnerables, se producen ciertos efectos previsibles y, con frecuencia invariables. Los fraudes tienen éxito porque dichos efectos quedan ocultos entre las miles de operaciones perfectamente regulares. Como ejemplos de síntomas fraudulentos se cuentan: distorsiones de las tendencias y/o claves de la unidad de negocios (inversión, morosidad) y las desviaciones de los procedimientos habituales.

10. No debemos pasar por alto las características personales de los empleados. Entre los síntomas de peligro se cuentan los siguientes: signos de riqueza inexplicables, grandes gastos en la tarjeta de crédito, resentimiento ante la falta de promoción, desprecio ante instrucciones y procedimientos, autosuficiente, negativa a gozar de su licencia por vacaciones y excesivo endeudamiento. Aunque siempre existen excepciones, nunca debemos pasar por alto estos signos.

El término investigación se emplea para expresar el estadio intermedio entre la detección de los síntomas de operaciones sospechosas y la resolución del caso a entera satisfacción del sujeto obligado.

4.5.2 Métodos de Investigación

Dónde y cómo ha de comenzar una investigación depende del caso concreto y de los objetivos del sujeto obligado. No obstante, hay tres normas esenciales. En la medida de lo posible, las indagaciones deben centrarse en el punto crucial o núcleo del fraude. Los investigadores inexpertos son a veces, demasiado sutiles, retrasan el comienzo de los interrogatorios a los sospechosos y fracasan en todo, salvo en alertar a los delincuentes de que son objetos de sospechas. La norma reside, pues en concentrarse en la esencia del fraude y en cerciorarse de que cada línea de investigación es necesaria y oportuna.

En segundo lugar, los investigadores harán bien en no buscar una solución más compleja de los casos de fraude, la norma consiste en analizar la solución más sencilla y evidente, y solo cuando se haya descartado, pasar a soluciones más complicadas.

En tercer lugar si la ocultación resulta difícil de desentrañar, el auditor ha de “seguir al dinero”, es decir, determinar quien obtuvo el beneficio o lucro al final e indagar de forma retrospectiva.

4.5.3 Sistemas Defensivos

Los factores que hacen posible la conducta delictiva son los siguientes:

- Una oportunidad
- Una necesidad económica o psicológica
- Una justicia moral
- Una escasa posibilidad de detección

A menudo, las defensas se limitan a reducir las oportunidades de fraude mediante barreras, procedimientos y sistema de carácter físico. Sin embargo, es indudable que resulta más eficaz atacar el problema en todos sus frentes que establecer sencillamente controles preventivos; es decir, se trata de reducir las necesidades económicas, psicológicas y las justificaciones morales, incrementando, al mismo tiempo, las posibilidades del fraude.

Tan interdependientes como puedan ser los factores casuales lo son sus contramedidas. En algunos casos, cuando más complejos son los controles preventivos, más refinados se vuelven los delincuentes. Una confianza absoluta en los controles a priori pueden dar lugar a un combate del que la víctima saldrá derrotada casi con toda la seguridad, sencillamente porque no puede erradicarse todas las oportunidades y porque los controles preventivos cuestan dinero.

Ha de hallarse un equilibrio entre la flexibilidad de las operaciones empresariales, los costes y la defensa a priori. Si los controles son demasiados estrictos las actividades se interrumpen y los empleados pierden interés. Sin embargo por el contrario dichos controles son demasiados débiles, serán fácilmente burlados por los delincuentes. El equilibrio de prevención y restricción es difícil y casi imposible alcanzar, a menos controles preventivos estén hábilmente concebidos y respaldados por otras medidas.

Si una empresa posee un sistema para detectar fraudes, puede permitirse niveles más bajos de seguridad preventiva tipo normal. Los delincuentes y empleados que adviertan una oportunidad deberán estar muy atentos de las posibilidades de ser descubiertos, en caso de que la aprovechen. La detección ejerce, por tanto, un efecto disuasorio y establece una barrera frente al delincuente. La amenaza de detección no perturba la actividad de los inocentes. La supresión o reducción de las justificaciones psicológicas del fraude es honrado y eficiente, las oportunidades no son tan fáciles de aprovechar. La interrelación entre los controles *a priori* y *a posteriori*, así como el clima interno de la empresa crea e irradia hacia el exterior, resultan de importancia vital para la cuestión de seguridad, es utópico e inalcanzable, pero nada impide que las empresas trabajen y se muevan en la dirección correcta: atacar el fraude con una defensa integrada.

Las defensas deben estratificarse y obligar al delincuente a seguir una línea de conducta ilegal, para que no exista una explicación que le haga inocente. Este hecho ha de ser obvio para toda persona que este planteando la comisión del delito. En el fraude, este planteamiento no debe ilimitarse al exclusivo acto de sustracción, sino aplicarse también a los falseamientos, ocultaciones y conversiones fraudulentas.

CAPÍTULO V

5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

Conforme a los objetivos planteados para esta investigación, se ha evidenciado las principales dificultades para detectar el delito de lavado de activos en sus nuevas formas de presentación en nuestro país, este tipo penal se ha convertido en un problema de actualidad a nivel sudamericano y mundial por el constante ingreso de capitales producto del narcotráfico y de otros delitos transnacionales, razón por la cual es de primer orden incluir las siguientes conclusiones:

- El delito de lavado de activos, posee una tipificación muy imprecisa y general dentro de la Ley de Prevención, Detección, y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, no contempla situaciones y relaciones fácticas de actualidad de forma y procedimiento de este delito, lo que deja vacíos legales que muchas veces llevan a la impunidad, es fundamental que se lo defina o conceptualice claramente al delito, tendientes a facilitar su aplicación práctica.
- El delito es relativamente nuevo ya que al mismo se lo tipificó en el año 2005 y luego se reformó en el año 2010, anteriormente solo se derivaba del delito de narcotráfico, lo que provocó por su imprecisión al no contemplar que se podría derivar de cualquier otro delito la entrada de divisas provenientes de otros delitos transnacionales como ya se lo ha analizado, en virtud de que los órganos correspondientes no poseían facultad legal alguna para el control de estos capitales.

- El bien jurídico protegido dentro del delito de lavado de activos, es el orden público socioeconómico del Estado según la Convención de Viena de la cual somos suscriptores y de la cual el legislador quiso suponer, por tanto al ser tan abstracto y poco definible su bien jurídico protegido, la ley que tipifica el delito debe ser específica y concreta, todo esto reviste de una particular complejidad a este delito, complejidad que se ve reflejada en la dificultad para detectarlo y sancionarlo, lo que constituye una puerta de escape para los involucrados en el lavado de activos.
- La redacción de la Ley de Prevención, Detección, y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, carece de estudio doctrinario y de estructura definida, por tanto su expedición, si bien ayudó a tipificar el delito, no brindó la prevención necesaria para evitarlo, todo esto partiendo de que la Función Judicial se encuentra en emergencia, por los insuficientes recursos económicos y humanos para hacer frente a esta crisis judicial, retardándose los procesos y siendo insuficientes los plazos para actuar en las diferentes etapas del juicio por la complejidad que reviste el análisis de este delito.
- La proliferación del Lavado de Activos en el Ecuador, tiene un antecedente socioeconómico, debido a los altos índices de pobreza y la búsqueda de dinero fácil, lo que obliga a los ecuatorianos a ser parte de procesos ilegales del lavado de activos en sus diferentes presentaciones; además otro factor que incide es tener como moneda de curso legal al dólar americano lo que vuelve a nuestro país atractivo para este tipo de actividades ilícitas.
- Dentro del contexto económico, la necesidad de atraer inversión de grandes empresas e inversionistas, en especial luego de la crisis bancaria y económica que experimentó el Ecuador, lleva a las empresas a no tomar las medidas de control necesarias o a ignorarlas las políticas antilavado para que sus empresas no formen parte de estas organizaciones criminales.

- El control bancario dentro de este delito tiene gran importancia, ya que la mayoría de operaciones de lavado de activos conllevan la necesidad de utilizar instituciones financieras y de seguros mediante el uso de su banca tradicional y actualmente con más auge la banca electrónica para insertar dicho dinero en el curso legal de un país, por tanto la Superintendencia de Bancos y Seguros es el organismo llamado a capacitarse en esta materia y así contar con profesionales especialistas que puedan realizar reportes de transacciones inusuales que permitan una posterior persecución del delito.
- El Consejo Nacional de Lavado de Activos jugó un papel vital dentro de la prevención del delito, pero la falta de recursos tanto humanos, tecnológicos y económicos; así como la falta de capacitación ha hecho que dicho papel no sea cumplido a cabalidad al no tener un equipo de profesionales preparados para afrontar los retos de la nueva era del lavado de activos.
- La Unidad de Análisis Financiero, creada a partir de la Ley de Prevención, Detección, y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, es una entidad nueva a la cual se le ha encomendado una gran tarea, por tanto necesita de apoyo económico e internacional en especial de sus similares en otros países. Cabe señalar que la poca productividad de este organismo, fue señalada en recientes declaraciones internacionales por el Grupo de Acción Financiera Internacional, lo que desencadenó una crisis interna en el país.
- Las Instituciones Financieras necesitan crear una política donde prime la implementación de políticas “conozca a su cliente”, que los lleve a interactuar con quienes realizan las transacciones financieras y detectar operaciones sospechosas para dar alerta de las transacciones que realizan estos individuos a la Unidad de Análisis Financiero.

- El proceso penal dentro del delito de lavado de activos debe contemplar un procedimiento especial, ya que los plazos no guardan relación a la complejidad del delito, el tiempo necesario que conlleva este proceso, por tanto no se tiene todos los elementos de convicción necesarios, así como las pruebas, por falta de tiempo, en el proceso investigativo.
- La investigación dentro del lavado de activos levanta totalmente el sigilo bancario, en una contraposición de intereses, el interés común de velar por el Estado, al perseguir este delito de gran interés socioeconómico por encima del interés personal del cliente de mantener la privacidad de su información financiera.
- La Fuga de Capitales envía hacia el exterior activos muchas veces ilícitos, violando normas de carácter tributario y convirtiéndose en un enemigo reacio de la política de lucha en contra el delito de lavado de activos, conjuntamente con las transferencias electrónicas desde y hacia el país; así como del nuestro hacia paraísos fiscales destino final de estos dineros provenientes del lavado de activos.

5.2 RECOMENDACIONES

Concluyendo, me parece interesante establecer propuestas y recomendaciones para la prevención e investigación del delito:

- La especialización de los órganos de control es primordial, para ello se necesita la asistencia en temas de capacitación de organismos internacionales, todo esto permitiría que tanto los órganos de control clásicos como son las Superintendencias de Bancos y Seguros; así como la Unidad de Análisis Financiero se dediquen a capacitar a su personal, a fin de que conjuntamente elaboren informes y reportes de calidad y sean capaces de frenar el delito, actuando conjuntamente con los Fiscales y la Policía.

- Es menester revisar y mejorar la vigente Ley de Prevención, Detección, y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos e incluir las 40 recomendaciones del GAFI para así abarcar todas las situaciones y hechos que pueden llevar a la comisión del delito de lavado de activos, de igual manera debería incluirse en la misma mecanismos de apoyo internacional.
- La Unidad Análisis Financiero debe especializarse y buscar capacitarse realizando alianzas con sus similares de países como Estados Unidos o Argentina, Colombia, México u España donde dichas Unidades ejercen un control total de las transacciones financieras.
- Las Instituciones financieras tienen la obligación de incluir en sus actividades diarias, que su personal cumpla con la política de conocer a su cliente, el hecho de llenar el formulario de licitud de fondos no garantiza que no exista lavado de dinero, dicho personal debe dedicarse exclusivamente a analizar la actitud y veracidad de la información otorgada por su cliente de acuerdo a los parámetros establecidos por el sistema bancario internacional.
- Es necesario incluir en la legislación ecuatoriana una ley que regule las transacciones financieras en línea, dicho cuerpo normativo deberá crear un organismo que controle las transacciones electrónicas para lo cual se debe adquirir la tecnología que permita realizar este control, de esta manera se evitará la fuga de capitales a través de transferencias electrónicas.
- El Ecuador requiere incluir reformas en su legislación que prohíban el envío de dinero a paraísos fiscales ya que dentro de la legislación actual existe un vacío legal, obviamente esto no está considerado como un delito pero, estos actos reflejan indicios del cometimiento de delitos tributarios,

posibles delitos de lavado de activos y fundamentalmente son actos atentatorios a la economía nacional por la falta de inversión.

- El Ecuador necesita adquirir el compromiso de hacer las reformas necesarias desde las perspectivas jurídicas, administrativas, presupuestarias, etcétera; a fin de cumplir todos los estándares internacionales y evitar que la Comunidad Internacional y el GAFI lo incluyan como uno de los países que no coopera en la lucha contra el lavado de activos, ya que dicha etiqueta genera enorme repercusión interna y externa como hemos observado en los últimos meses.
- Para comenzar a dar un cambio profundo debemos empezar con una serie de modificaciones a la ley actual, a través de un análisis dogmático y político criminal del delito de lavado de activos de origen delictivo, trabajando en plantear la necesidad urgente de reformas, a las normas que regulan y reprimen este tipo penal, poniendo de manifiesto carencias y aportando propuestas, fundando una verdadera concepción de una nueva ley completa aumentada y corregida en sus defectos de acuerdo a nuestra realidad concibiendo al delito de lavado de activos, como un delito autónomo del encubrimiento que si bien no deja de tener similitud tienen intereses diferentes por tal razón es que la composición jurídica deberá ser diferente en todos los aspectos legales a tomar en cuenta.
- Recomendar la penalización de las personas jurídicas en general, y más aún para los delitos de contenido económico como es el lavado de activos. Consideramos que con este necesario reconocimiento se podrá combatir eficazmente el delito bajo estudio. Tal como lo indican las alarmantes estadísticas el lavado, al igual que el resto de los delitos de contenido económico como los fraudes corporativos, delitos aduaneros y financieros, entre otros, crecen día a día sin que la norma penal haya podido ejercer efectivamente su rol preventivo y represivo. Cuestiones de política criminal y practicidad justifican que de una vez por todas se

acepte en nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas tal como lo sugieren organizaciones internacionales antes citadas.

BIBLIOGRAFÍA

Libro:

- ADRIASOLA, GABRIEL, El nuevo derecho sobre tóxicos y el lavado de dinero de la droga, FCU, 1994, p.124.
- ÁLVAREZ, DANIEL, Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales, Marcial Pons, 2007, p.647.
- BAJO, FERNÁNDEZ M. "Límites del Secreto Bancario". Editorial Pec, nº 4. 1980, p.402.
- BARBERO, SANTOS, "Política y Derecho penal en España". Editorial Tucur, Madrid. 1997, p.142.
- BARRAL, JORGE, "Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos". Editorial Ad-Hod. Buenos Aires. 2003, p.320.
- BLANCO, CORDERO I. "El Delito de Blanqueo de capitales". Editorial Aranzadi, Pamplona. 1997, p.604..
- CABANELLAS, GUILLERMO. "Diccionario jurídico Elemental". Editorial Heliasta. 2003. ARGENTINA.
- CAPITAN, HENRY. "Vocabulario Jurídico". Ediciones Depalma. 1981. Buenos Aires-ARGENTINA.
- CARELLA, ALFREDO, Lavado de dinero: Alcances del secreto profesional, LL, 2005, p.236.
- CICAD-CEA-BID, Programa Hemisférico de Capacitación para la Prevención y Control del Lavado de Activos, 2001.
- COMITÉ DE BASILEA, Declaración de Principios del Comité de Basilea sobre el lavado de dinero. Prevención del uso delictivo del sistema financiero.1988
- DAVID, PEDRO R., Globalización, prevención del delito y justicia penal, Zabalía, Buenos Aires, 2004, p143
- DIAZ, VICENTE O., El sustrato del delito de lavado de dinero en sus antecedentes internacionales y sus pretendidas implicaciones tributarias, PET, 2001. p.584

- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Obra en CD Espasa Calpe, S.A. 2003. ESPAÑA.
- DIÉZ, RIPOLLES, El blanqueo de capitales procedente del trafico de drogas, CGPJ, 1994, p.583.
- DURRIEU, ROBERTO, “El Lavado de Dinero en la Argentina”. Editorial Lexis Nexos, 2006, p.322.
- ESCOBAR, RAÚL THOMAS, El crimen de la droga. Tóxicos. Depresores. Estimulantes. Drogadicción. Narcotráfico. Lavado de Dinero. Sida. Mafias. Geoestrategia, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992, p.475.
- FARIA, COSTA J., “El Blanqueo de Capitales”. Tratado de P. Arenas Rodri-gañez, en VV. AA. 2004, p.655.
- FATF- GAFI, Financial Action Task Force on Money Laundering, Report on non-cooperative countries and territories, 14 de febrero de 2000.
- FERNÁNDEZ, Silvia E., La unidad de información financiera y la obligación de informar operaciones sospechosas. La ley de lavado de dinero, LL, 2003, p.27.
- FERRE, Olive J.C. “El Delito Contable”, Editorial Praxis, 1988, p.272.
- GÓMEZ, INIESTA DIEGO, “El delito de blanqueo de capitales en el derecho español”. Editorial Cedecs, Barcelona.1996, p.137.
- GÓMEZ, INIESTA, “Medidas Internacionales contra el Blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho Español”. Arroyo Zapatero, L.A., y Tiedeman, Klaus: Estudios de Derecho Penal Económico, Universidad de Castilla-La Mancha. 1994, p.137.
- INTERNACIONAL MONETARY FUND AND WORLD BANK, Enhancing contributions to combating money laundering, 2001.
- PARADA, RAMÓN, Derecho Administrativo, Marcial Pons, 1995, p.527.
- VACA, ANDRADE RICARDO, El Delito de Lavado de Activos en Ecuador, Editorial Edino, 2004, p.235.

Documento de Internet:

- Asamblea Nacional, Boletín de julio de 2010, Portal Web <http://www.asambleanacional.gov.ec/201006043370/noticias/boletines/procurador-entrega-proyecto-de-reformas-a-la-ley-contra-el-lavado-de-activos.html>, 2010, consultado el 31 de julio de 2010.
- GAFI, Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos, Annual Report 1995-1996, Portal Web www.fatf-gafi.org/2FLongAbstract%2F0%2C3425%2Cen_32250379_32236836_34326516_1_1_1_1%2C00.html&ei=FDHCTZy9LpSTtweNr5jTBA&usg=AFQjCNG7zOMOAHz5ngv41ENOPShwyUjB6Q, 2003, consultado el 1 de junio de 2010.
- GAFI, Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos, Las 40 recomendaciones, Portal Web www.gafisud.org, 2003, consultado el 12 de noviembre de 2010.
- President's Commission Organized Crime: The Cash Connection; Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering, Us. Government Printing Office, Portal Web www.fas.org/irp/eprint/snyder/globalcrime.htm, 2010, consultado el 29 de octubre de 2010

Artículo de un periódico:

- **Davis Polk & Wardwell**, memorandum titulado "Case Pasquantino" de julio 2005, New York Times (USA) y LexisNexis (USA), del 12/14 de agosto de 2005.

Normas Jurídicas:

- Código Penal
- Comité de Basilea, Declaración de Principios del Comité de Basilea sobre el Lavado de Dinero
- Constitución de la República del Ecuador
- Convención de Estrasburgo, Convención sobre el Lavado de Activos, identificación, embargo y decomiso de los beneficios derivados del delito.

- Convención de Estrasburgo.
- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancia Psicotrópicas de Viena.
- Convención de Viena.
- Convención internacional para la represión de la financiación del Terrorismo.
- Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI.
- Ley de Prevención, Detección y Erradicación de los Delitos de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos
- Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas
- Ley para reprimir el Lavado de Activos
- Manual de Controles Internos para ser ejecutado por el Sistema Financiero Nacional