



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LAVADO DE ACTIVOS: NECESIDAD DE UN TRATO DE EXCEPCIÓN

Autor

Andrés Esteban Chasillacta Zurita

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LAVADO DE ACTIVOS: NECESIDAD DE UN TRATO DE EXCEPCIÓN

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

Profesor Guía

Ph. D. Diego Alfredo Zalamea León

Autor

Andrés Esteban Chasillacta Zurita

Año
2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido el trabajo, Lavado de Activos: Necesidad de un trato de excepción, a través de reuniones periódicas con el estudiante Andrés Esteban Chasillacta Zurita, en el semestre 2018-1, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Diego Alfredo Zalamea León

Doctor en Derecho

C.C. 010226501-4

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, Lavado de Activos: Necesidad de un trato de excepción, del alumno Andrés Esteban Chasillacta Zurita, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Elsa Irene Moreno Orozco

Magister en Derecho Procesal mención Derecho Penal

C.C. 170540371-3

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.”

Andrés Esteban Chasillacta Zurita

C.C.: 050379531-2

AGRADECIMIENTOS

A César, Rosana, Sebastián y Augusto por la guía y apoyo otorgado durante toda mi vida. A mi tutor Ph. D. Diego Zalamea, por las grandes aportaciones a esta investigación. Finalmente, a los doctores Ernesto Albán Ricaurte y Marcelo Salvador Ron por el conocimiento inculcado en mi vida profesional.

Andrés

DEDICATORIA

A todas las personas que tratan de conseguir un Sistema Judicial más justo, que vele por los derechos de las personas mediante el respeto de las garantías constitucionales. A la Universidad de las Américas y sus profesores, que buscan como meta la excelencia de sus discípulos.

Andrés

Resumen

La presente investigación tiene por objeto responder la siguiente interrogante: ¿es legítimo otorgar un trato de excepción al delito de lavado de activos y en especial a su modalidad de enriquecimiento injustificado? Esta infracción ha cobrado vital importancia en los últimos años debido al gran flagelo que ocasiona en la sociedad, es por esto que a nivel internacional varios Organismos han tratado de emitir recomendaciones, para buscar una unificación en las legislaciones que penan esta actividad.

El presente ensayo académico es de utilidad para buscar una solución dentro del marco normativo ecuatoriano, para eliminar la impunidad y la limitación que tiene Fiscalía en la investigación de esta conducta relevante para el derecho penal.

El método utilizado fue el análisis jurídico de la conducta, los mecanismos que generalmente se utilizan para blanquear dinero, que corresponde el verdadero problema de esta acción, pues las organizaciones delincuenciales buscan eliminar todo rastro que genera los activos producidos a través de las operaciones criminales que realizan.

Al final del Trabajo se ha obtenido el planteamiento del análisis que se debe realizar a la frase origen ilícito dentro del marco ecuatoriano, en concordancia con los tratados internacionales suscritos, esto es el incremento injustificado del patrimonio y la necesidad de la probanza por parte de Fiscalía de este hecho, para salvaguardar los derechos de los procesados.

Abstract

The purpose of this investigation is to answer the following question: is it legitimate to grant an exception treatment to the crime of money laundering and in particular to its unjustified enrichment? This infraction has gained vital importance in recent years due to the great scourge it causes in society, which is why several international organizations have tried to issue recommendations, in order to seek a unification in the legislation that penalizes this activity.

This academic essay is useful to seek a solution within the Ecuadorian normative framework, to eliminate impunity and the limitations of the Office of the Prosecutor in the investigation of this conduct relevant to criminal law.

The method used was the legal analysis of the behavior, the mechanisms that are generally used to launder money, which corresponds to the real problem of this action, as the criminal organizations seek to eliminate all traces generated by the assets produced through the criminal operations that perform.

At the end of the Work has been obtained the analysis approach that should be made to the phrase illicit origin within the Ecuadorian framework, in accordance with the international treaties signed, this is the unjustified increase of heritage and the need for probanza by the Attorney General of this fact, to safeguard the rights of the accused.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. El lavado de activos.	2
1.1 Orígenes y Concepto.....	2
1.2 <i>Iter Criminis</i>	4
1.3. Elementos del lavado de activos.....	6
1.3.1. Tipo Objetivo.....	7
1.3.2. Tipo Subjetivo.....	9
1.3.3. Bien jurídico protegido.	10
1.3.3.1. Administración de Justicia.	11
1.3.3.2. Orden Socio Económico.	12
1.3.3.3. Pluralidad en el daño que causa el lavado de activos.	13
1.4. Etapas del lavado de activos.	13
1.4.1. Introducción o Colocación.....	13
1.4.2. Transformación	14
1.4.3. Integración	14
2. Métodos de lavados de activos	14
2.1. Negocios legítimos e ilegítimos	16
2.2. Sistemas financieros	17
2.3. Paraísos fiscales	19
3. Prueba en materia penal enfocada en los delitos de lavado de activos	21
3.1 Autonomía del delito y delito base: repercusiones en la investigación.....	22
3.2 Sistemas de valoración de la prueba	28
3.3 Tipos de pruebas. Importancia de la prueba indirecta.....	29
3.4 Propuesta	31
4. Conclusiones.....	35

4.1 Conclusiones Generales:.....	35
4.2 Conclusiones Específicas:	35
REFERENCIAS:.....	37

INTRODUCCIÓN

El problema jurídico que analiza el presente ensayo académico, es el abordar el alcance de la expresión “origen ilícito” dentro del tipo de lavado de activos. Este tipo penal ha levantado un amplio debate académico en muchos países a nivel mundial, debido al problema que se presenta respecto a la carga de la prueba de los caudales manchados.

En general la conducta penal viene enmarcada, en la mayoría de legislaciones, a recomendaciones realizadas por organismos internacionales, o por la influencia de tratados internacionales como Viena '88 y Palermo '00, el acto punitivo en el análisis del tipo evidencia el dolo que tiene el autor, debido al conocimiento del origen de los caudales.

Estos delitos al ser de carácter económico tienen un grado más de preparación los sujetos activos del tipo, pues usan varias herramientas para cometer el ilícito. Organizaciones delictivas subsumen sus conductas a la de este flagelo debido a que no hay mejor forma para lavar sus fondos fraudulentos.

Existiendo una división clara dentro de este proceso, fases que son conocidas como la de colocación, estratificación e integración, que se diferencian en base al lugar que se encuentra los fondos, así en la primera etapa solo se busca poder movilizar el capital en un mecanismo que no levante sospechas, mientras que las otras dos fases van encaminadas ya al proceso de reinserción de este dinero a la economía de un país.

Son muy comunes las herramientas creadas mediante una legislación bastante flexible, como es la constitución de compañías fantasmas, apertura de cuentas de ahorros en Bancos con sede en paraísos fiscales, u otros mecanismos de hormiga que se usan para movilizar el dinero o entregar las ganancias a sus organizaciones.

Así es, que, como conclusión el Estado debe reconocer que el sentido de la denominación origen ilícito es la de un enriquecimiento injustificado, labor que debe positivizar el legislador y acatar el juez, esto debido al ejercicio práctico que ayuda a la Fiscalía para operar de mejor manera sus investigaciones.

La tesis que se defenderá es que debe haber un reconocimiento real de la autonomía del delito de blanqueo de capitales. El problema surge por la forma como está redactado el tipo, su texto es ambiguo y genera problemas de comprensión. Respecto en específico a quien debe soportar el peso de la probanza.

1. El lavado de activos.

1.1 Orígenes y Concepto.

Los antecedentes más importantes de lavado de activos se da en Estados Unidos, primero en los años veinte con la comercialización ilegal de alcohol, le otorgan esta denominación debido a que las organización criminales invirtieron en negocios de lavandería, con lo cual ocultaban sus ingresos económicos indebidos; aun así recién en la década de los ochenta se usa por primera vez la denominación de “lavado de dinero”, con un primer caso de confiscación de bienes fruto de acciones de tráfico de narcóticos (Torres, 2015, 399).

A partir de ahí varios conceptos se han dado alrededor de este tipo penal, pero cada uno comparte caracteres esenciales en su tipología. Es así que podemos mencionar como concepto general, que el delito de lavado de activos, es el acto mediante el cual se reinserta bienes que tienen una fuente ilícita, al sistema económico de un país, haciéndolos pasar como obtenidos de manera legal.

En nuestra legislación, se ha tipificado al delito del blanqueo de capitales dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP) de esta forma:

“Art. 317.- Lavado de activos.- La persona que en forma directa o indirecta:

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

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

El lavado de activos se sanciona con las siguientes penas:

(..)” (2014, art. 317).

El blanqueo de divisas viene enmarcado en una lucha internacional contra la delincuencia organizada, es por esto que muchos países han ratificado los tratados que buscan unificar la legislación para ayudar en los procesos punitivos. Estos instrumentos han permitido que hoy exista un marco normativo similar en la esfera internacional.

Al hablar de acumulaciones de acciones y penas, debemos analizar las figuras del concurso real e ideal, reguladas en los artículos 20 y 21 del COIP., en

conjunto con la conexidad de las infracciones, figura enmarcada dentro del artículo 406 del mismo cuerpo legal. Existiendo concurso real cuando a son subsumibles a varios hechos del delincuente, varias tipos penales, mientras que el ideal se enfrasca cuando de un hecho delictivo se puede colegir varias infracciones penales. La conexidad es una norma procedimental para sancionar los hechos penalmente relevantes en el lugar de la infracción más grave, en base a dos reglas una es la unidad de tiempo de los actos delincuenciales, y la otra, cuando se trata a través de varias acciones maliciosas la consumación de un fin delictivo.

1.2 Iter Criminis.

Las fases del Iter Criminis de los tipos penales se desenvuelven en dos: la interna y la exteriorización de la voluntad. Sabemos que las etapas internas como la idealización y el planeamiento, la conducta punible está encerrada en la mente del autor (Jiménez de Asúa, 1970, p. 225), por ende, no se llegan a sancionar, debido a que no se produce una vulneración al bien jurídico protegido.

Como punto de partida, se analizará los espacios de la conducta del lavado de activos, puntualizando primero las etapas que componen la parte interna del iter criminis que son: ideación, planeación. Pasaremos a los segmentos externos de este que son: ejecución, consumación y agotamiento. Como referencia se explicará los actos de resolución, que doctrinariamente no forman parte de los ciclos internos o externos del camino de la falta penal; pero son importantes para la no impunidad de esta violación al ordenamiento jurídico.

La ideación representa a la imagen que nace en la mente de la persona, cuando esta se plantea por sí mismo o pudiendo haber intervención de un tercero para limpiar bienes de origen dudoso. Para lo cual pasa a un segundo segmento que es la planeación, aquí es donde el sujeto estudia los diferentes mecanismos que tiene a su disposición para cometer este tipo penal. En estos

dos estados no podría haber una sanción contra la persona, debido a que esta no ha exteriorizado su voluntad. Así estos actos no son punibles porque se sitúan en el fuero interno del actor, ya que carece de acción y omisión elementos constitutivos del delito (Vaca Nieto, 2006, p.14).

En la fase externa, primero tenemos a los actos preparativos, que se encaminan para realizar el hecho punible de blanquear bienes, por ejemplo, tenemos la apertura de cuentas o constitución de compañías offshore, siendo actos que caben en esta categoría. Seguido por las acciones de ejecución, donde se plantea ya la producción del fin que se quiere obtener, aquí pasan los bienes maliciosos a través de los mecanismos antes seleccionados para ocultar su verdadero origen y hacerlos ver como debidamente obtenidos. Para realizar una distinción entre estas dos etapas, la doctrina ha desarrollado tres pensamientos.

La figura de la tentativa forma parte de la fase de ejecución, se la ubica en el comienzo de esta. Es cuando se ha ejecutado actos idóneos para su consumación; pero todavía no se ha obtenido los resultados planteados, por motivos que no le corresponden al autor. En el lavado de dinero el caso sería cuando por motivos ajenos al sujeto, no llega a obtener los ingresos indebidos para hacerlos circular, por ejemplo, cuando en un paraíso fiscal se abre una cuenta bancaria para recibir una transferencia ilegal, pero el banco de origen bloquea este movimiento por alertas en el sistema. Cabe mencionar que la tenencia de estos fondos en la cuenta, para su titular ya constituye delito según el artículo 317 del Código Orgánico Integran Penal, desvirtuando la tentativa por la mera posesión. Debido a que en nuestro ordenamiento la mera tenencia de dineros de origen ilegal constituye ya la subsunción de la acción a la norma penal, como se analizara posteriormente el origen ilegal al ser un elemento normativo del tipo, reviste de gran importancia para la futura sanción.

Posterior a este ciclo, existe la fase de consumación, que se produce cuando se ha cumplido el tipo penal, lesionando el derecho protegido por la legislación,

en el caso del capital ilícito se consuma desde la posesión, hasta que este gana la apariencia de inmaculado en su producción. El agotamiento se produce cuando se ha realizado todos los efectos jurídicos con la operación realizada. Cabe señalar que el lavado de activos en la legislación histórica, era un encubrimiento debido a que es un acto después de la consumación de un acto ilegal, concepto superado con la tipificación de este delito dándole una cualidad de autonomía.

1.3. Elementos del lavado de activos.

Cuando recién se comienza a estudiar este delito se crea un problema, pues se entendía en los tratadistas que el delito de lavado de activos era un delito conexo a otro, es decir, como los bienes provienen de una actividad ilegal. Este es el motivo por el que debía probarse primero la conducta y responsabilidad penal del primer delito, para poder investigar y llegar a una sanción en el blanqueo de capitales.

Desarrollo importante para superar este problema en el tipo viene con las Convenciones de Viena y el Tratado de Palermo en especial del año 2000, que además de considerar al lavado de activos como un tipo autónomo, tomó en cuenta ya no solo al dinero proveniente de actividades ligadas al narcotráfico, sino que agregó todas las actividades delincuenciales que produzcan un rédito económico. Esto debido a la preocupación de que delitos como la trata de personas, la extorsión y los que atentan contra la administración pública, financian actividades terroristas o delincuenciales a nivel mundial. Un ejemplo claro se ha dado en Latinoamérica, que la compañía *Odebrecht* ha creado un entramado societario para pagar enormes sobornos, a cambio de recibir grandes beneficios en el sistema de justicia y la obtención de contratos.

Existen varias acciones u omisiones antijurídicas, las cuales el Estado mediante el *Ius Puniendi* las tipifica. Al ser el derecho penal considerado como de ultima ratio escoge a las acciones más lesivas para describirlas en la norma,

debido al nivel de daño que causa a un bien jurídico. Como es el caso del lavado de activos que se llega a sancionar por su peligrosidad hacia los derechos resguardados por el orden jurídico. (Muñoz Conde, 2012, p. 39).

Al hablar de los elementos del lavado de activos, se hace referencia a los componentes del tipo penal que emana de la norma, es decir, el análisis dogmático del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, antes citado. Al estar la tipicidad enmarcada en el principio de legalidad, no puede haber delito sin una ley previa *–nullum crimen sine lege–*, pues sin esta no hay una conducta tipificada a la cual el sospechoso adecue su accionar y no podría darse el juicio de desvalor penal.

La creación del tipo penal se ha convertido en una tarea confusa para el legislador, debido a que la conducta es autónoma a otra violación base, separando este acto del delito fuente, por esto la actividad ilegal debe estar bien tipificada. Otro problema se da en las fases del lavado de activos (Donna, 2010, p. 592), aunque en la mayoría de legislaciones se ha optado por penar a todas estas, como por ejemplo en la legislación ecuatoriana, que en su artículo 317 del Código Penal, se sanciona desde la tenencia de los bienes maculados.

La tipicidad se divide en los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal, dentro de los primeros encontramos los rasgos externos que figuran en la conducta y pueden ser apreciables desde los sentidos de la persona. En cambio, la voluntad y el conocimiento elementos internos de la mente del sujeto como el dolo y la culpa, son estudiados en parte intrínseca de la tipicidad.

1.3.1. Tipo Objetivo.

Como se mencionó aquí se estudiará los componentes abstractos de la norma penal, siendo estos el núcleo o conducta, sujeto activo y pasivo, objeto material, objeto jurídico, elementos normativos y por último encontraremos a las características como tiempo y lugar. Para este estudio se analizará los más

importantes y se planteará el bien jurídico en un segundo subtema, pues aquí se explica la gravedad y las razones para que diferentes organismos luchen contra la erradicación de este hecho punible.

El núcleo es la parte primordial de la tipicidad, conocido también como verbo rector es quien caracteriza al acto punible. Una vez que se subsume la conducta al tipo penal, se puede comenzar a analizar como violatorio al derecho que protege el Estado. El artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal tiene tal cantidad de verbos rectores que por razones de espacio se describirán solo los dos más relevantes para el efecto de este estudio, la razón central radica en que a ellos les afecta de manera directa el tema de la ilicitud de los capitales. como ejemplo, la transferencia y conversión. Transferir la propiedad de un bien para que el rastreo del origen sea dificultoso para quien investiga. Mientras que convertir es la transformación que se hace de los recursos maliciosos para que pasen a tener una naturaleza legal. Cabe recalcar que esta injuria se comete incluso con cualquier acción encaminada al ocultamiento del origen ilegítimo, motivo por el cual se engloba esto a todos los verbos rectores (Hernández, 2002, pp. 135-136).

El sujeto activo conocido también como sospechoso o autor del delito, es quien comete el verbo rector enfocado en un fin, en esta infracción englobada en el artículo 317 del COIP, no le da ninguna calificación especial, como por ejemplo en el peculado activo que lo comete un funcionario público; incluso en los últimos años una nueva teoría sobre la imputabilidad de las personas jurídicas, englobaría la posibilidad de penar no solo a la persona natural, sino también a las compañías que se usan para lavar los capitales.

El sujeto pasivo en el acto delictivo es la víctima, puede ser cualquier persona a quien se afecta el bien jurídico protegido o en algunos delitos el código califica solo a ciertos individuos como tales, para analizar mencionamos de manera general que, en esta violación de la ley, es el orden económico social, por lo cual el Estado se convierte en el agraviado por este accionar.

Como se ha estudiado la fuente patrimonial del blanqueo de capitales, es cualquier acto que se encuentra tipificado en la ley penal, acciones como cohecho, peculado, extorsión, venta de narcóticos u otro origen criminal, dan el objeto material a este delito, pues se busca darle apariencia de legalidad a estos fondos criminales que son el objeto material.

Los elementos normativos de las infracciones son características que califican a la tipología del mismo, refiriéndose a regulaciones establecidas con un carácter reglamentario, que se debe tener en cuenta para su correcta comprensión y subsunción de norma, en este tipo podemos hablar de ser accionista de compañías o los pasos fronterizos por donde puede ingresar dinero.

Por principio de territorialidad, la ley penal que se usaría en el caso del lugar de cometimiento de los hechos, sería en el Estado del Ecuador, siempre y cuando se encuentre evidencia de que la conducta prescrita en la norma, fue cumplida por el autor, como por ejemplo encontrarlo en posesión de fondos maculados.

La complejidad viene relacionada a varios factores, entre ellos están los sujetos activos del delito, pues este tipo es comúnmente evidenciado en la delincuencia organizada transnacional, debido a la producción económica que representa los negocios ilegales que desarrollan como actividad principal. Por esto, para limpiar estos fondos se usa el sistema económico y financiero nacional, así la fase de ejecución del iter criminis se encuentra en el Ecuador, aunque el responsable sea de otro país y nunca haya residido en este. El Estado puede sancionar al extranjero, con la ayuda de la figura de extradición y ayuda internacional penal.

1.3.2. Tipo Subjetivo.

La tipicidad está compuesta por una parte subjetiva, la cual debe ser verificada en conjunto con la fase objetiva, debido a que, en el estudio penal, se debe demostrar el pleno dominio del acto con el conocimiento y la voluntad del delincuente, entendido esto como el dolo.

Como paréntesis, la diferencia entre dolo y culpa se encuentra en la situación donde yace la conciencia, mientras que en el dolo se habla sobre el conocimiento y voluntad de realizar la conducta establecida en la norma, la culpa guarda relación con una violación a un deber jurídico de cuidado que produce el daño (Balcarce, 2009, p. 87). Es importante señalar que el lavado de activos no está tipificado como delito culposo, la norma lo caracteriza como doloso.

El dolo se clasifica en tres figuras: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual. La Primera figura se determina porque la voluntad se encuentra por encima del conocimiento, aunque se conoce la consecuencia más se desea irradiar un mal. En el dolo indirecto, el conocimiento prevalece sobre la voluntad, es así que se realiza la acción, aunque no se anhela provocar un perjuicio. En el dolo eventual se acepta las consecuencias del acto, aunque esta no tenga el conocimiento de si afectará a un tercero.

Las conductas establecidas como verbos rectores dentro del artículo 317 del COIP, son netamente dolosas. Tipo penal que expresa literalmente que el dinero debe ser producto de acciones ilegales, por esto Fiscalía tiene el deber de probar el origen ilegal de estos fondos, que se encuentran en posesión del sospechoso; aquí es donde se abre el debate por parte de la defensa, que plantea el desconocimiento de la fuente de estos bienes.

1.3.3. Bien jurídico protegido.

El objeto jurídico del delito es el derecho del sujeto pasivo, que sufre el daño producto de la acción maliciosa, depende de la importancia del bien y la

gravedad con la cual ocurre la lesión, el legislador opta por penalizar y describir la conducta reprochable en la norma penal. Así resulta la antijuridicidad en la conducta.

En nuestro marco punitivo, el legislador ha optado por tipificar a esta conducta criminal como atentatoria al orden público socio-económico, es decir, lo ha calificado como un delito de cuello blanco, así se encuentra tipificado en el capítulo de infracciones económicas. Aunque al analizar los considerandos de la Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, que reza: “Que, el lavado de activos es uno de los mayores flagelos contra la sociedad, por sus efectos en la economía, en la administración de justicia y la gobernabilidad de los Estados, lo que afecta gravemente a la democracia” (LPLAFD, consid.) podemos decir que los assembleístas estiman que no solo es uno el derecho lesionado, sino un conjunto de estos.

Para este análisis planteamos, clarificamos que hay un bien jurídico directo lesionado que es el orden socio económico, pero el desarrollo doctrinario y normativo nos ha enseñado que la administración de justicia es el bien jurídico macro que se lesiona con estos actos penalmente relevantes.

1.3.3.1. Administración de Justicia.

Para explicar cómo afecta a la administración de justicia, se debe recordar que el lavado de activos es el encubrimiento de frutos de otra actividad ilegal, la razón es que se dificulta la investigación del acto criminal precedente. Debido a esto y por su complejidad, ha sido tipificado universalmente como un delito autónomo.

La afectación a la administración de justicia es indudable, debido a que el procedimiento por el cual se blanquea los bienes maculados es un ocultamiento y re inserción en el sistema económico de los ingresos

provenientes de actividades ilegales. El fin es otorgarle una apariencia legal, dificultar el trabajo de investigación de la Fiscalía y conseguir impunidad.

1.3.3.2. Orden Socio Económico.

Primero se estudiará porque se toma como bien más importante al orden socio económico, en este derecho se enmarca al mercado y sus etapas de comercio, como la producción, comercialización y venta de productos o servicios; aunque también podemos mencionar que la libre competencia y el sistema financiero son los más afectados por estos hechos punibles.

El Ecuador al ofrecer libertad de competencia otorga al público la confianza en sus operadores, para alcanzar este objetivo es fundamental la labor de los órganos de control estatales, pues solo con la supervisión se crea un espacio para el legal intercambio de productos y valores.

Las organizaciones delictivas usan estas actividades comerciales para limpiar su capital ganado ilegítimamente, mediante inversiones o compra de negocios. Estas acciones son las que deterioran un sistema de libre intercambio de productos, debido que al tener una fuente enorme de fondos busca expandirse, ya sea mediante la creación de monopolios u oligopolios o a través de prácticas desleales de competencia, como la venta a pérdida.

Otro campo aún más sensible son los sistemas financieros, debido a que la base de calificación de riesgo de los bancos es la confianza que tienen sus clientes. Al conocer que existe operaciones que su fuente es proveniente de actividades dudosas, el pánico entre la cartera bancaria puede ocasionar un retiro masivo de ahorros, factor que puede causar la pérdida de liquidez en estos establecimientos. Esta es una de las causas por las que los organismos de control de bancos a nivel mundial intentan controlar estas actividades ilícitas, a través de la emisión de las primeras regulaciones sobre este delito,

misma que fue tomada por el Grupo de los Diez Bancos Centrales más importantes a nivel mundial.

1.3.3.3. Pluralidad en el daño que causa el lavado de activos.

Los actos del sujeto activo lesionan en mayor o menor medida varios bienes jurídicos, motivo que crea la importancia que tiene este tipo penal para el orden internacional. Al provenir los fondos de otras acciones delincuenciales, por lo general, hay una organización complejamente estructurada detrás de estos ingresos, por tanto, es un medio para perpetuar actividades como terrorismo, tráfico de armas, drogas, personas, entre otras. La seguridad interna de un Estado se ve vulnerada por el crecimiento de las organizaciones delincuenciales y la ampliación de las actividades ilegales, por los fondos que obtienen de este mal.

1.4. Etapas del lavado de activos.

Son en estos ciclos de la infracción donde la criminología ha investigado sobre el bien jurídico que se lesiona, pues como una violación penal hay varias etapas que se desarrollan para consumir el ilícito, siendo el GAFI, quien ha planteado la división más aceptada por varias legislaciones, estas son la colocación, transformación e integración del capital ilícito.

1.4.1. Introducción o Colocación

Esta fase se da cuanto los abundantes ingresos económicos son colocados en el sistema económico, a través de pequeñas operaciones efectuadas muy comúnmente con moneda de baja representación. Esta modalidad de ingreso ayuda a evitar los controles financieros del mercado, por esto los regímenes bancarios con una menor vigilancia de las transferencias son los preferidos para limpiar los bienes

1.4.2. Transformación

En esta etapa, los recursos son movidos de distintos lugares, estratificándolos de una manera muy compleja, para que el rastreo del origen de estos fondos se convierta en un trabajo de difícil realización, aquí no solo usan una o varias cuentas de entidades financieras locales, sino que se utiliza instituciones de diversos países con regulaciones laxas. De esta forma, se protege a las personas que están implicadas en el delito que genera estos caudales.

1.4.3. Integración

En esta fase del proceso delictivo ocurre la consumación del ilícito, los mecanismos más utilizados son las inversiones que hacen que estos fondos oculten su naturaleza ilegal. En este período se vulnera al sistema económico, pues los ingresos a raíz de estos actos pasan como dinero legal, consiguen incorporar a circulación del comercio (Araujo, 2010, p. 269).

2. Métodos de lavados de activos

En las últimas décadas, la globalización se ha extendido en todos los continentes. Este fenómeno toma gran importancia en la actualidad al punto que las agendas gubernamentales van encaminadas a abrir sus economías y mercados. Esto conllevó que se cree una competencia con diferentes actores financieros y comerciales.

Los procesos de integración facilitan, a los países en vías de desarrollo poder negociar en una mejor posición el ingreso de sus productos en los mercados más importantes del planeta; debido a que se elimina la rigidez del ingreso de personas a otros Estados, y atraen inversión extranjera a un estado.

La unión europea a través del tratado de Maastricht de 1992, ha normado el control de cambios, ha ubicado como principio la libertad de transferencias de

capital. Factores que eliminan las barreras que limitan los movimientos exteriores entre los países miembros, e incluso entre los que componen la unión y terceros (Espinosa Infante, 2012, pp. 503). Lo que genera un mayor interés por las organizaciones comerciales en el ingreso a los mercados más grandes.

La delincuencia organizada ha podido extender sus operaciones de igual manera con estos sistemas, no solo en los procesos delictivos con los cuales obtiene sus ganancias, sino también al momento de mover este capital maculado y destinarlo a financiar sus operaciones. El aumento de poder que tuvieron las organizaciones delincuenciales más conocidas en la última década refleja este panorama.

Debido al incremento de ingresos y a estos mecanismos que han ayudado a la expansión de operaciones delictivas, las organizaciones criminales han utilizado el delito de lavado de dinero como una herramienta para disfrutar de sus ganancias, mediante el uso de diversos negocios, así en estos días este acto punitivo se ha convertido en un reto a nivel mundial debido a la gran evolución de los sistemas de comunicación y la eliminación de problemas para el movimiento de bienes de un lugar a otro del planeta.

Capitales que han sido obtenidos mediante actividades ilícitas ante la necesidad de ingresar a los sistemas comerciales y monetarios, necesitan vulnerar los diversos sistemas jurídicos y políticos. Este delito se tiene una fuente de recursos enorme para el financiamiento de corrupción a nivel estatal o como financiamiento delictivo para las organizaciones (Torres, 2015, pp. 401). Con estos grandes ingresos se sigue con el financiamiento de las operaciones en los países donde operan sus células delictivas, con un constante flujo de dinero que ha sido procesado para que tenga apariencia de haber sido obtenido de forma legal, para no levantar sospechas acerca de su verdadero origen.

Las Naciones Unidas, los Estados Americanos entre otros organismos internacionales han tomado como iniciativa propia la de crear diversos mecanismos para descubrir, luchar y erradicar estas nuevas herramientas utilizadas por los grupos delincuenciales, métodos que a continuación se estudiará por ser los más comunes utilizados en el blanqueo de dinero.

2.1. Negocios legítimos e ilegítimos

En la actualidad, en el mundo globalizado y donde predomina la doctrina capitalista existe diversidad de negocios, que por su rentabilidad se vuelven atractivos, para toda clase de inversionistas que buscan mayor rentabilidad, menor tiempo para la recuperación de los dividendos y mínimo riesgo de mercado. Estos negocios por su constitución pueden ser en realidad verdaderas actividades comerciales o a su vez fachadas de una trama contable para tapar una actividad criminal. Debo mencionar que de la diversidad de sectores mercantiles que existen, algunos gozan de regulaciones más benévolas; pero, como toda operación que depende del movimiento de dinero, hay el riesgo de levantar las alertas del sistema de control que un mercado tiene para evitar el blanqueo de dinero.

Es común observar, cuando un actor comercial posee grandes ganancias, los inversores quieren aprovechar mediante la inserción de capital, para aumentar la operación y obtener mayores dividendos. Estos negocios llaman la atención de las organizaciones que buscan limpiar sus ingresos por el volumen de mercado que manejan, por esto los delincuentes adquieren estos establecimientos mediante diferentes tipos de créditos o mecanismos para no levantar sospechas, para con estas empresas ingresar como ganancia legítima los recursos maculados que poseen.

Un ejemplo de utilización de negocios lícitos sucede en el sector inmobiliario. Una vez obtenidos los fondos ilegales se adquiere un bien inmueble a un precio comercial, sin embargo, en la escritura se hace constar el costo que se halla en

el catastro que es inferior al primero, la diferencia del precio real con el que consta el convenio es el que será lavado el momento de una nueva transferencia. Por estas diferencias, las sociedades crean una doble contabilidad, una oficial en la que refleja estos valores y una cifrada con las cantidades reales de las operaciones (Ferro Veiga, 2013, pp. 114).

Otra forma que han comenzado a usar los lavadores de dinero es mediante la constitución de compañías en territorios donde la regulación de control de las sociedades sea mínima, así se maquilla los balances y estados de cuenta, se inflan las ganancias y se reduce al máximo las pérdidas; aunque detrás de la pantalla estas personas jurídicas no realicen ninguna actividad comercial.

A estas compañías que tienen apariencia legítima se le llama fantasmas, ficticias, de fachada, entre otros nombres, porque detrás de su imagen no tiene un objeto comercial, sino su único fin es usar estas sociedades comerciales para proteger el anonimato de las personas que las utilizan (Gálvez Bravo, 2017, pp. 196). Este mecanismo es más riesgoso por lo que probar las actividades comerciales es muy sencillo. El sistema de facturación tributaria permite que todo producto que se llegue a comercializar deje un rastro desde su producción hasta la venta en el mercado, por esto estas compañías son usadas más para el movimiento de los capitales en los denominados paraísos fiscales, hasta usar mecanismos más seguros de reinserción en sistemas mejor regulados.

2.2. Sistemas financieros

El sistema financiero regula la estructuración y funcionamiento de las entidades crediticias que proporcionan la inversión necesaria para el desarrollo de las actividades del sistema económico. Legalmente son las únicas instituciones que pueden aportar flujos de capital a los sectores de comercio. Se aseguran los ingresos que administran con negocios seguros y rentables en los sectores

de producción, obtienen una estabilidad en su sector y en el campo monetario (Caro Carrete, 1997, pp. 185).

El Código Orgánico Monetario y Financiero en su libro I divide al sistema financiero ecuatoriano en tres sectores: el público, el privado y el de economía popular y solidaria. El primero está compuesto por bancos y corporaciones Estatales. El sector privado se subdivide a su vez en bancos, en entidades de servicio financiero y en instituciones de servicios auxiliares del sistema bancario. Por último, las cooperativas, cajas centrales, las entidades asociativas o solidarias y las sociedades de servicios auxiliares del sistema conforman el sector de la economía popular y solidaria.

A través de estas instituciones las compañías o personas naturales realizan sus actividades económicas en todo el mundo, las entidades financieras locales se entrelazan a nivel global por los bancos más grandes del mundo, a través del sistema de pagos, así se puede realizar un giro de divisas desde el Ecuador hacia cualquier parte del mundo en poco tiempo.

Al momento que se menciona el entrelazamiento de mercados para la libre transferencia de dinero, se habla del ingreso y salida de este en diferentes sistemas financieros donde se ausenta el control del Estado, es decir, sin que estas operaciones pasen sobre un control. Esta realidad se refleja en la posibilidad de que las grandes compañías participen en el comercio internacional sin mayores condicionamientos o problemas (Arias, 2010, pp. 377).

Estos mecanismos vuelven llamativo al sistema financiero entre las organizaciones delincuenciales, debido al uso que se le da en su tarea de lavar las ganancias obtenidas ilegítimamente. Son múltiples los medios que pueden ser empleados, por ejemplo, el depósito en efectivo de cantidades que no alerten a los sistemas de control, transferencias de divisas a cuentas ubicadas en legislaciones más laxas, apertura de chequeras virtuales a nombre de varias compañías o a su vez cifradas para proteger a los verdaderos beneficiarios.

Por otro lado, está también la reinserción que se da a los capitales para iniciar con el proceso de blanqueo, al ser el sistema financiero una fuente de flujo de dinero para el sistema económico, los grupos criminales tratan de buscar inversiones seguras y de bajo perfil de riesgo con los órganos de fiscalización, para obtener grandes dividendos y disponibilidad de efectivo para sus actividades principales que son la fuente de sus ganancias.

En resumen, cada gobierno sin excepción regula en mayor o menor grado su sistema bancario. La relevancia del entramado financiero tiene una repercusión directa en el mercado interno de un país, pues de aquí emana la inversión que se necesita para el desarrollo de sus actividades. La acelerada movilidad de recursos que se produce en su interior le hace un sector llamativo para el blanqueo de dinero, pues no solo otorga a los delincuentes agilidad en sus operaciones, sino también da herramientas para la reinserción de sus fondos con alto grado de rentabilidad.

2.3. Paraísos fiscales

Entre los puntos principales que se trata de regular a nivel internacional, es el de los denominados paraísos fiscales y los datos que estos protegen de sus clientes. A partir de las primeras regulaciones iniciadas contra el lavado de activos, se trata de crear un panorama transparente en las operaciones bancarias, cuando las cantidades son elevadas.

Esta herramienta de alerta financiera es incorporada en los bancos, ya que son comúnmente usados para mover capitales con mayor facilidad no solo entre distintos lugares del mundo, sino también en diversas operaciones. Este instrumento permite hacer fácil la labor de las organizaciones delincuenciales de transportar sus ganancias sin mayor riesgo de pérdida.

Los paraísos fiscales rompen esta regla, la característica primordial de estos sitios es el inflexible derecho al sigilo bancario que gozan sus clientes, aún más importante la escasa o inexistente regulación que pueda haber sobre el tema de creación de cuentas, procedencia de los depósitos, facilidades de pagos al portador, entre otros. Para la mayoría de expertos si un capital llega a un puerto de estos, las instrucciones abiertas pueden llegar ineludiblemente al fracaso, por las facilidades que tienen los usuarios; pero estos regímenes nacionales de excepción no solo ofrecen a sus clientes un sistema financiero sigiloso y eficiente para el movimiento de dinero, sino también cortinas societarias que son las grandes fachadas que usan las organizaciones para la tenencia del capital. La falta de regulación sobre los requisitos para la creación de compañías y la flexibilidad del sistema recaudador de tributos le convierten en el escenario ideal para disimular el origen de estos dividendos.

Así por ejemplo, cuando hablamos de los beneficios en materia tributaria tenemos la eliminación de impuestos que financian la obra pública o existe una amplia gama de exenciones tributarias; la renta gravada sólo se cobra cuando su origen es interno, cuando se produce dentro del Estado, más no cuando proviene de otro territorio, aunque sea una repatriación de dividendos; algunos paraísos fiscales gozan del beneficio de ser suscriptores de tratados acerca de la doble imposición, a más de tener rentas bajas, y por último; cuando son ganancias provenientes de capitalización de paquetes financieros o compañías holding, la renta gravada es aún menor (Ferro Veiga, 2012, pp. 42).

Así se menciona que el blanqueo de capitales es un tipo penal que afecta a todos los sistemas económicos del mundo. Viéndose favorecido por los países denominados como paraísos fiscales, por factores como la exención en el pago de tributos a los inversionistas extranjeros, que poseen cuentas bancarias o a las personas accionistas de las compañías constituidas en estos países.

Por esto beneficios las transferencias del capital ilegal incrementan en estos territorios. Este procedimiento se lo hace con los movimientos financieros, por

intermedio del mecanismo internacional de pagos, para afectar y dificultar el seguimiento del origen delictivo (Escalante, 2015, pp. 318).

Las entidades que se crean en estas regiones son denominadas como, compañías Offshore, pues sus accionistas son extranjeros de los territorios donde las constituyen, podemos referirnos a tres grados de clasificación de estos centros, lo cual depende del grado de facilidad de conexión global y el nivel de liquidez que estos lugares puedan mantener.

Los centros primarios son los más importantes, pues no necesitan de otros para el ingreso de dinero o pagar cuentas, por el buen sistema de pagos internacionales que poseen o la excelente liquidez, comúnmente están en países desarrollados como el caso específico del Estado de Delaware en Estados Unidos. Los centros secundarios poseen un excelente sistema de intercambio de divisas, pero la liquidez es la que depende de otros países con los cuales ha entablado una relación financiera. Por último, tenemos los centros de registros, donde solo se tiene cuenta de las sociedades que funcionan, pero sus operaciones se dan en otras regulaciones y se intersecta en el lugar donde está registrada.

3. Prueba en materia penal enfocada en los delitos de lavado de activos

Antecedentes

El estudio del tipo penal de lavado de activos cobra vital importancia por la naturaleza de su autonomía, que le han otorgado los diferentes instrumentos legales nacionales e internacionales. El romper la dependencia con el delito fuente concede facilidad en el momento de investigar el blanqueo. Debido a que si no se marca un distanciamiento se necesitara demostrar dos delitos con un orden específico de prejudicialidad para punir esta infracción. En la práctica esta exigencia sería grave porque en un número importante de casos es posible captar los movimientos ilegítimos destinados a burlar los controles

contra dineros sucios y no se tiene evidencia de los ilícitos originarios, por tanto, el resultado sería simplemente impunidad.

Este tipo penal demanda que la Fiscalía demuestre los mecanismos que usan los grupos delincuenciales para blanquear sus ingresos manchados. Mientras que su investigación sobre el delito base se dirige a demostrar la actividad criminal originaria que produce el incremento patrimonial, por ejemplo, el tráfico de drogas, peculado, etc.

Cabe mencionar que el sistema de evaluación de la prueba referente a la sana crítica es una garantía en las fases de investigación y juzgamiento, sobre estos delitos. Así, el papel de la experiencia, ciencia y lógica cobran una importancia en la manera de identificar los instrumentales que se usan para descifrar el origen de estos capitales, porque al ser un delito de cuello blanco siempre se va a asociar a la profesionalización que tienen los sujetos activos del delito.

Sobre este punto la principal herramienta que usa Fiscalía es la prueba indirecta, pues son diversos los métodos explicados para consumar esta acción delictiva, la prueba directa suele darse en pocos casos y generalmente se restringen al testimonio de personas claves como los contadores o del propio procesado.

3.1 Autonomía del delito y delito base: repercusiones en la investigación

La autonomía del delito de lavado de activos viene regulada desde varios instrumentos internacionales como las Convenciones de Viena, Palermo y las 40 recomendaciones enunciadas por el GAFI (Grupo de Acción Financiero, integrado por los países del G7) que se han vuelto importantes por el papel que tiene su cumplimiento para acceder a los créditos del Fondo Monetario Internacional.

El Ecuador como país parte de la Organización de Estados Americanos ha tomado en cuenta para la tipificación de su artículo 317 del COIP, a la declaración del Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control y Abuso de Drogas) que, a diferencia de los otros instrumentos internacionales, demandó la tipificación de la naturaleza exenta del blanqueo de capitales.

Esta independencia busca eliminar la impunidad que existe sobre esta figura, pues ni para el inicio de la investigación, instrucción, juzgamiento y posterior sentencia se necesita prejudicialidad sobre la figura conexas de la cual se obtuvo el capital maculado.

En este momento la ley no es clara, simplemente habla de un origen ilícito. Esta redacción puede ser interpretada de dos maneras: la primera, puede entenderse que bastaría con demostrar un incremento inusual de patrimonio y si el interesado no justifica en un segundo instante los mecanismos regulares por los cuales lo consiguió esos fondos, quedaría probada la infracción. La segunda acepción implica tener que probar el ilícito fuente y esa demostración sería la que otorga la calidad de ilegítimo a los caudales.

Si se parte del último concepto resulta que para sancionar este acto delictivo se debería como circunstancia forzosa probar el tipo base, así como como la participación que cada actor lleva a cabo. De facto se limitaría y obstruiría la labor que conlleva Fiscalía, factor que quita validez al fin y la utilidad político criminal de tipificar este delito. Hay que recordar que en sus primeras etapas de desarrollado este accionar se halló inmerso como un encubrimiento, pero que a partir del grado de lesividad que representaba hacia los bienes protegidos dentro de un marco normativo, se adoptó la tipificación separada e independiente del delito que origina los ingresos (Bautista, Castro, Moscoso, Rodríguez y Rusconi, 2005, pp. 155).

Esta evolución conllevó una facilidad para procesar por parte del Estado a la actividad criminal que produce estos fondos maculados, como a la acción que trata de reinsertar el dinero de naturaleza ilegal, debido a la eliminación del impedimento de la prejudicialidad que conllevaba en muchos escenarios a la impunidad.

En la práctica sin este progreso normativo, la real repercusión que acarrea para la Fiscalía es el limitante en la investigación de ambos hechos punibles, debido a que, si se debería fundamentar las dos condiciones delictivas, se crea el efecto de non bis in ídem sobre la conducta de los procesados, y se debería adoptar la sanción más grave por la figura del concurso ideal de infracciones.

La preocupación central de este estudio se enfoca en la figura que anteriormente se conocía como el enriquecimiento ilícito y hoy, después de Palermo, se ha generalizado su inclusión en el lavado de activos. El problema del cual se ocupa esta investigación es tener una legislación que logre armonizar dos valores, el primero la efectividad en la persecución criminal y el segundo un adecuado respeto al derecho a las personas.

En este ensayo se defiende la acepción compatible con la autonomía, esto es que se puede perseguir y sancionar estos dos delitos de forma independiente. La falta de castigo al ilícito base no es una barrera que lleve a la impunidad. El reto está en verificar si existe un blindaje de garantías suficiente para la persona procesada.

El punto en debate ha estado respecto a la carga de la prueba. En estricto sentido no existe una inversión, dado que el Estado es quien tiene la responsabilidad de probar que el total del patrimonio del investigado no corresponde a sus ingresos. Así el peso de la demostración principal la soporta la Fiscalía, en un segundo momento el procesado tiene la posibilidad de justificar la legitimidad de estos ingresos. Por tanto, hasta este momento no existe una violación sustancial al proceso.

Es cierto que parte de la doctrina e incluso sentencias jurisprudenciales de otros países han tratado como un caso de inversión de la carga de la prueba, como es la sentencia emitida en Bogotá de fecha 16 de mayo de 2011, por el juzgado 9 de lo Penal del Circuito Especializado, dentro de la causa 110010704009200600081 03, que en su parte resolutive menciona que en jurisprudencia desarrollada por el máximo órgano judicial como es la Suprema Corte Colombiana, manda a la parte que tiene en su dominio la prueba a ejercerla, en este tipo de delitos siempre y cuando Fiscalía haya probado movimientos económicos inusuales en el imputado.

Otro ejemplo la sentencia emitida por el Tribunal Supremo Español, mediante sentencia de 21 de junio de 2017, No. 456/2017, en la cual señala en su parte considerativa, que la doctrina desarrollada dentro de la Sala Penal viene enfocada en la probanza autónoma de los delitos de origen y de lavado, como también que para acreditar la comisión del primero lo más habitual es la inusualidad o desigualdad del aumento patrimonial del procesado y la ausencia de un justificativo real de estos ingresos.

Incluso en los países que lo tratan como un cambio en el peso probatorio se ha visto que la tendencia es a reconocer la legalidad de este traspaso en el enriquecimiento ilícito. ¿Por qué se produce esta inclinación?, debido a que en el fondo el articulado que daba pie a este debate, simplemente reconocía el derecho del procesado a practicar prueba para desvanecer la evidencia de la Fiscalía; mas no implicaba que la mera actitud pasiva del procesado sea causal para condenarlo.

En ningún caso es justo sostener que al Estado no le tocaba evidenciar la teoría del caso, ni que a la persona procesada le tocara demostrar su inocencia. Es cierto que la institución pública no tomaba para si la responsabilidad de justificar la totalidad del patrimonio y todas y cada una de las transacciones individuales de la persona, ya que esta labor sería simplemente imposible de cumplir. En realidad, esta era la excepcionalidad que

existía, la falta de obligación de cerrar todas las posibles opciones posibles. No obstante, al estar en condiciones de revelar el patrimonio, o al menos una parte de él, que posee el sospechoso y confrontar con sus ingresos debidamente declarados, le mandaba establecer la inconsistencia entre estos dos montos.

La prueba total sobre las transacciones solo es accesible al imputado. Esta realidad llevó a que los textos que se forjaron bajo el influjo de la Convención de Viena hicieron una expresa constancia de que él podía desvanecer esta evidencia practicada por la Fiscalía. Pero tan no existía una inversión que si se eliminaba el texto que reconocía este derecho no pasaba nada, porque el procesado en cualquier juicio por cualquier delito posee esta facultad. Incluso hay quienes han justificado que si se hubiese dado ese cambio en el peso probatorio sería legítimo por la carga dinámica de la prueba, sin embargo, en este estudio no se defiende esta postura, porque no existió dicha movilidad.

En el aspecto práctico, el Estado prueba el incremento injustificado con las operaciones usuales de un sujeto, gracias a la amplia gama de controles que posee dentro de un sistema económico. La ilegalidad de los ingresos se demuestra con el desfase entre ganancias y el patrimonio. Sobre todos estos aspectos el imputado puede practicar la prueba que desee.

En el fondo esta es la razón por la que se produce un cambio de época. Desde la promulgación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se abandona este tipo de textos y se incluye al enriquecimiento ilícito dentro del lavado de activos, sin la mención del derecho a oponerse a la prueba de la Fiscalía. Es así como se explica que en el COIP., dentro del tipo de lavado de activos, el enriquecimiento ilícito haya desaparecido, al tiempo que se incluyó en los dos primeros numerales el adjetivo de origen ilícito, que permite la persecución de estos supuestos independiente del delito base.

El problema práctico que se suscita es que es una contradicción interna en el propio artículo 217. Debido a que por un lado habla de origen ilícito y por otro

de autonomía. Si la palabra ilícito” se entiende que la fiscalía debe demostrar la infracción fuente y por tanto no existiría autonomía. En cambio, si se parte del término autonomía y de la obligación adquirida por el Ecuador al suscribir la Convención de Palermo debería no tener que demostrarse el delito base, por ello es que vendría a ser sinónimo de un enriquecimiento injustificado.

La jurisprudencia en el Ecuador ha esquivado pronunciarse de manera expresa como es que se resuelve. Por ejemplo, en la sentencia del Caso de Lavado de Activos del procesado Fernando Mantilla, se esquivó pronunciarse sobre cómo se entiende esta expresión y con una pobre fundamentación se dio por probado el ilícito a pesar de que no estaba demostrado el injusto originario. Resolución que hace pensar que se ha optado por la segunda alternativa, más hay que decir de manera clara que el estado de inseguridad es absoluto.

Ante esta realidad, o si se suma el análisis realizado respecto a los derechos del procesado y el compromiso internacional adquirido por el Ecuador, quien escribe se adhiere a la tesis de que lo más adecuado es considerar, desde el punto de política criminal que lo que se debería demostrar es únicamente el aumento patrimonial no sustentado; no obstante desde el punto de vista jurídico tal como está la norma, se debe reconocer que son dos interpretaciones que genera duda y obviamente la respuesta jurídica debería ser la que más favorece al reo.

En resumen, la actual normativa desde el punto de vista legal conlleva a que se debería demostrar la infracción principal, y esta es la posición que más favorece al imputado, este estudio defiende que ante la imposibilidad de sancionar la mayoría de delitos de lavado de activos bajo esta interpretación hace que desde el punto de política criminal, esta redacción sea insuficiente. Si a esta realidad se suma que la consagración de la autonomía de ilícitos y el aceptar que basta un enriquecimiento injustificado, no viola los derechos de la persona procesada, es la posición que más favorece a la sociedad ecuatoriana, pero que deberá ser fruto de una reforma que la viabilice.

3.2 Sistemas de valoración de la prueba

Dentro de todo proceso que se llega a judicializar -constitucional, civil, penal, entre otros- la finalidad que tiene la prueba dentro del marco legal es probar los hechos planteados en la demanda o denuncia. Específicamente, en la investigación penal el fin es la reconstrucción de los hechos relatados, conocido como la verdad material del posible acto punible.

Tradicionalmente, la legislación ha adoptado de la doctrina tres técnicas para el análisis y evaluación de la prueba: “el sistema de la prueba libre o de libre apreciación o de libre convicción, el sistema de la prueba legal en sentido estricto o también sistema de la tarifa legal, y el sistema de la sana crítica” (Cabrera, 2014, pp. 210).

La teoría de la libre apreciación, nace como respuesta al formato de la prueba legal; pero no solo se entendió como una liberación de las reglas legales sobre la prueba, también se incluyó a las leyes de la lógica y la ciencia. En este sistema, la autoridad judicial tiene amplia libertad sobre la tasación de los hechos y la forma en la que son probados (González, 2006, pp. 109-110).

El sistema de la prueba libre con el de la sana crítica, van enfocados en el conocimiento que se tiene gracias a las pruebas y los hechos acusados, siendo el papel del juzgador de realizar un análisis legal de cada pieza procesal que se agrega con referencia a los actos que se investigan. Siendo la diferencia sustancial de estos dos sistemas la obligación de motivación en la sana crítica, es decir el análisis entre pruebas y normas.

La prueba legal o tasada limita las decisiones de los jueces, en este sistema cobra importancia el legislador, al indicar la forma en la que se debe analizar las evidencias recolectadas en la fase de investigación. El rol del funcionario de justicia está señalado, sin que éste pueda utilizar valoraciones de carácter personal, en el marco legal fijado las normas procesales (Abel, 2012, p. 467).

La sana crítica se ha desarrollado con más facilidades en sistemas con características acusatorios, adversariales y dispositivos, debido al amparo que da a los derechos de los procesados, mediante el respeto de las garantías consagradas en la Constitución y reguladas en la ley.

Sistemas penales como el nuestro, garantizan la pertinencia de la prueba, mediante la valoración de la misma, a través de la sana crítica que deben tener los encargados de administrar justicia, como señala el numeral 6 del artículo 454 y 455 del Código Orgánico Integral Penal, esto es el nexo causal de la prueba directa o indirecta con la acción presuntamente delictiva.

De esta manera, la doctrina que ha sido adoptada por varias legislaciones, menciona que las pruebas que comúnmente se llegan a obtener dentro de los procesos de blanqueo de capitales, son de carácter indirecta, pues mediante esta se llega a la conclusión de un enriquecimiento ilícito por parte de los investigados, como también la utilización de mecanismos para blanquear dinero, como son la constitución de compañías offshore.

Así es como este tipo de prueba a través de un análisis lógico, aclaran el proceso mediante el mapeo del mecanismo que se usa con los fondos maculados que son blanqueados, esto otorga vital importancia al momento de investigar estas herramientas usadas por los grupos delincuenciales (que fueron explicadas en el capítulo precedente).

3.3 Tipos de pruebas. Importancia de la prueba indirecta

La prueba conlleva la acreditación de la postura sostenida en la formulación de cargos por parte del Ministerio Público. En el presente caso como se estudió anteriormente, se abre el debate de la forma de justificar el origen ilegal y la actividad de la transformación de capitales. Ejercicio de probanza que guarda estrecha relación con la valoración de la sana crítica, estudio que se realiza por

intermedio de las leyes de la lógica, es decir, con juicios deductivos, ayudados de la experiencia y de la ciencia, para probar así, si un acto sucedió o si fue imposible su realización (Cañón, 2009, p.159).

La procedencia de estos fondos también debe ser probada por parte de Fiscalía, como se dijo anteriormente esta labor debido a la autonomía del delito debería conllevar un ejercicio enfocado al incremento injustificado del patrimonio del sospechoso.

Como se habló en párrafos anteriores, la ambigüedad del origen ilícito, ha ido conllevando graves problemas para los agentes investigadores en la fase de prueba del acto punitivo, debido a que algunos autores siguen protegiendo la tesis de una doble probanza, sin estudiar y reconocer el verdadero efecto del carácter autónomo del delito. Por esto varias legislaciones y jurisprudencias han tenido que desarrollar diferentes herramientas en este tipo.

Así varias legislaciones como la peruana han presentado los mismos problemas en su tipificación, esto debido a la falta de herramientas procesales con las que cuentan los investigadores, así la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante fallo plenario casatorio No. 1-2017/CIJ-43E, de fecha 11 de octubre de 2017, señala que la prueba directa aparece en pocos escenarios, sería esta sólo la confesión del delincuente (prohibido en nuestro marco legal la autoincriminación, pero existe figuras como la cooperación eficaz o los procedimientos directos y abreviados). Justamente, los métodos de lavado van encaminados para no generar prueba directa, esto sobrelleva como usual en estos tipos criminales la obtención de la prueba indirecta, que esclarece el panorama del investigador y genera la certeza en el convencimiento del juzgador.

Para las investigaciones criminales, la pericia trata de otorgar un dictamen enfocado con base en los conocimientos científicos, esta herramienta es útil para hallar o valorar los diferentes elementos probatorios que se han

descubierto. Debido a que es la intervención de una persona neutral al proceso de indagación, que con su conocimiento dentro de una rama de la ciencia entrega elementos de ayuda para una mejor comprensión de la información tanto para Fiscalía como para los tribunales de justicia (Houed Vega, 2007, p. 33).

Sobre los documentos, cabe un análisis hacia los estados financieros de las entidades del sistema bancario; los registros de operaciones inusuales (R.O.I.) emitidos por las Unidades de Análisis Financiero de cada país, debido a que esta Unidad como los informes que se realizan, fueron recomendaciones del GAFI para su creación y elaboración, para proteger el sistema financiero mundial.

3.4 Propuesta

La recomendación que planteamos es una reforma legal dentro del delito de blanqueo de capitales, misma que viene enfocada en el efectivismo del sistema penal y el respeto a la política criminal adoptada por el Estado del Ecuador, enfocada en el sistema garantista penal, mediante el planteamiento de axiomas como garantías (Albán, 2015, pp. 53).

Siendo la propuesta que el elemento jurídico del origen ilícito de la fuente se debe entender como un incremento injustificado, dentro del patrimonio del imputado, cosa que se debe señalar de manera expresa mediante una reforma en el COIP (artículo 317, numerales 1 y 2), de la siguiente manera:

Art. 317.- Lavado de activos. - La persona que en forma directa o indirecta:

1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito. **Por origen ilícito se entenderá la existencia de un incremento patrimonial injustificado.**

2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito. (...). (2014, art. 317) **énfasis y cursiva añadido**.

El primer logro que consigue esta propuesta es fomentar la efectividad en la persecución criminal. Este nuevo texto permite viabilizar la filosofía de la autonomía de estos dos tipos penales. Este logro conlleva como consecuencia práctica que la imposibilidad de probar el delito fuente, no implique de manera necesaria el que el lavado de activos también quede sin sanción.

El segundo logro se da en materia de coherencia. Como se analizó con anterioridad dentro del artículo 317, existe un componente que se adhiere a la autonomía de estas dos infracciones; sin embargo, la expresión origen “ilícito” lleva a que la interpretación jurídica más viable, excluya esta lógica. Con el texto propuesto todo el tipo penal responde a la cosmovisión de dos infracciones, sin vínculos de prejudicialidad.

En materia de política criminal esta propuesta permite adherirse a la corriente internacional vigente, debido a que desde la convención de Viena y con más fuerza con la de Palermo, la comunidad internacional ha apostado por una persecución autónoma del delito de lavado de activos. El no aceptar esta postura le deja al Ecuador al margen de toda una lógica supranacional, y además de las consecuencias comerciales que podría acarrear, surge el riesgo de generar un territorio proclive a estos delitos.

En materia de equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales y efectividad. Como se analizó el enriquecimiento injustificado no genera problemas serios contra los derechos fundamentales, es cierto que permite que el Estado no deba probar todo el movimiento financiero de una persona; más este trato de excepción está plenamente justificado por el respeto que debe tener el Estado hacia el derecho que tienen las personas a que el Estado no pueda tener acceso a toda la información sobre sus actividades. En tanto que

en la esfera de la eficacia se consigue disminuir de manera radical la impunidad. En balance es una norma cuyos beneficios supera los costos y además no trasgrede los derechos fundamentales.

Como se había hablado anteriormente en esta clase de delitos son usados de manera común por grandes organizaciones criminales transnacionales, que buscan evitar la confiscación de sus réditos económicos conseguidos por hechos criminales. Factor que trata de eliminar la política criminal, pues esta busca guiar al derecho penal de un modo eficaz para la protección de los bienes jurídicos (Blanco Lozano, 2007, pp.76), mediante la desaparición paulatina de la delincuencia.

Para conseguir esta meta, estos tipos penales deben reformarse para tener una ayuda eficaz en el combate de las nuevas formas del delito, debido a que estas utilizan y crean grandes entramados societarios y financieros, para facilitar la reinserción de los fondos dentro del sistema económico mundial, estas acciones que son atentatorias al ordenamiento jurídico, comúnmente son llevadas a cabo en la mayoría de casos por profesionales.

La connotación que se daría con esta reforma sería trascendental frente a las grandes organizaciones delincuenciales, debido a que los esfuerzos para erradicar estos grupos por parte de la política punitiva se tornarían más eficaces, respetando el verdadero sentido de la autonomía del delito, misma que conllevaría importancia al poder sancionar esta acción sin la obligación de la probar el acto previo de manera desmedida (Zaragoza, 2014, p. 394).

Este cambio no atentaría al sistema penal ecuatoriano, pues cumple con los axiomas garantistas, como por ejemplo el principio de lesividad, al ser un delito que abre el debate de la pluriofensividad hacia los bienes tutelados por el Estado, corresponde una defensa a la sociedad.

Al estudiar la necesidad, retribución y los demás principios penales que son vulnerados por tipo penal, la política criminal debe dar una salida no solo para el acusador, sino para la sociedad que busca un clima de seguridad, y a los procesados que mediante la justicia y las leyes deben tener certeza, como el sistema garantista que consagró el Ecuador.

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1 Conclusiones Generales:

El presente trabajo ha considerado las limitaciones que tiene el delito de lavado de activos, al señalarse en su tipo la frase origen ilícito y que varios han analizado este elemento normativo, como una probanza que se debe tener sobre dos hechos, pero nada más alejado de la realidad, pues esta concepción desnaturaliza el carácter de delito autónomo del presente tipo penal.

Para una mayor comprensión por quienes son partes dentro de un proceso de investigación por esta conducta, falta una aclaración la naturaleza de origen ilícito de los fondos dentro de nuestro marco normativo, con esto no se violenta los derechos de los procesados, sino al contrario, mediante la certeza jurídica que se brinda salvaguarda las garantías del sistema.

4.2 Conclusiones Específicas:

El delito de blanqueo de capitales connota una gran dificultad dentro de su punición, cada factor abre el debate sobre la máxima punibilidad o protección de la sociedad, al considerarlo como una actividad pluriofensiva de bienes jurídicos, no solo hay normativa nacional para erradicar este hecho, sino llegado el caso hasta los organismos internacionales más importante - Organización de Naciones Unidas, entre otros- han desarrollado instrumentos como tratados internacionales y recomendaciones para erradicar este hecho punible.

Las grandes redes delincuenciales que causan un golpe en el mundo entero una afectación a la convivencia pacífica, usan esta figura por los mecanismos que se tiene a la mano por legislaciones de poco nivel de control, para mover las grandes sumas de bienes que apoyan sus operaciones a nivel mundial. Debido a esto los gobiernos, mediante esta figura tratan de erradicar las

organizaciones delincuenciales, a través del corte de suministro de efectivo que brinda esta operación criminal.

REFERENCIAS:

- Abel, X. (2012). *Derecho Probatorio*. Barcelona, España: J.M. Bosch.
- Albán, E. (2015). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Araujo, P. (2010). *Derecho Penal Económico*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Arias, D. (2011). *Temas Actuales de Investigación en Ciencias Penales*. Salamanca, España: Aquilafuente Ediciones Universidad Salamanca.
- Balcarce, F. (2009). *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Blanco Lozano, C. (2007). *Tratado de Política Criminal: Tomo II: La Política Criminal Aplicada*. Barcelona, España: Librería Bosch, S.L.
- Bautista N., Castro H., Moscoso A., Rodríguez O. y Rusconi, M. (2005). *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*. Santo Domingo, República Dominicana: Proyecto Justicia y Gobernabilidad.
- Cabrera, G. (2014). *Derecho Probatorio: Compendio*. (2.ª ed.). Valencia, Venezuela: editorial Arte, S.A.
- Cañon, P. (2009). *Práctica de la Prueba Judicial*. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- Caro Carrete, R. (1997). *Introducción a la Economía, Cien Preguntas Clave y sus Respuestas*. Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014), Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Reformas en Registro Oficial Suplemento No. 7 de 4 de julio del 2017.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en Registro Oficial Suplemento 653 de 21 de diciembre del 2015.
- Donna, A. (2010). *Derecho Penal Económico: Derecho Penal Tributario–IV*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

- Escalante, S. (2015). *El Lavado de Dinero en el Siglo XXI*. La Habana, Cuba: Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Espinosa Infante, J. (2012). *La Prevención del Blanqueo de Capitales en el Ámbito Notarial*. Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.
- Ferrer, J., Gascón, M., González, D. y Taruffo, M. (2006). *Estudios sobre la Prueba*. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferro Veiga, J. (2013). *Propiedad Inmobiliaria Blanqueo de Capital y Crimen Organizado*. Alicante, España: Editorial Club Universitario.
- Gálvez Bravo, R. (2017). *Los Modus Operandi en las Operaciones de Blanqueo de Capitales*. (2.ª ed.). Barcelona, España: Wolters Kluwer, S.A.
- Hernández, H. (2002). *El Lavado de Activos*. (3.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Houed, M. (2007). *La Prueba y su Valoración en el Proceso Penal*. Managua, Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- Jiménez, L. (1970). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, S.A.
- Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, Registro Oficial Suplemento 802.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Teoría General del Delito*. (3.ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Sentencia Plenaria Casatoria No. 1-2017/CIJ-433. (2017). (Salas Penales Permanente y Transitorias, Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de octubre de 2017).
- Sentencia de Casación No. 456/2017. (2017). (Sala de lo penal, Tribunal Supremo, 21 de junio de 2017).
- Torres, A. (2015). La Internacionalización del Lavado de Activos. Su Regulación Jurídico-Penal en Cuba. En M. Goyte (Coord.), *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*. La Habana. Cuba: Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Vaca Nieto, P. (2006). *Práctica Penal en el sistema Acusatorio*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Zaragoza, J. (2014). La Nueva Regulación del Decomiso de Bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado. En I. Blanco Cordero, E. Caparrós, V. Prado y J. Zaragoza (Coords.), *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial: Edición Especial para el Perú*. (3.^a ed.). La Washington, EE.UU.: Organización de los Estados Americanos.

