

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA DE DERECHO

SEDE QUITO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL ECUADOR**

TEMA:

**ESTUDIO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD**

AUTORA:

MARÍA BELÉN ROSALES URIBE

TUTOR: DR. HERMES GILBERTO SARANGO AGUIRRE

QUITO, 2021

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dr. Hermes Sarango, MSc., en calidad de Asesor del Trabajo de Titulación, designado por el Director de la Carrera de Derecho Sede Quito de la UMET, certifico que el estudiante: MARÍA BELÉN ROSALES URIBE, ha culminado el trabajo de titulación, con el tema: “ESTUDIO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD”, quien ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Atentamente,



Dr. Hermes Sarango Aguirre

Docente

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, María Belén Rosales Uribe, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, carrera de derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: ESTUDIO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD y las expresiones vertidas en la misma, son autoría de compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

María Belén Rosales Uribe

C.I. 1724536790

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, María Belén Rosales Uribe, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, ESTUDIO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

María Belén Rosales Uribe

C.I. 1724536790

AUTOR

DEDICATORIA

Con amor a Germán y Alicia mis padres.

AGRADECIMIENTO

A Dios por sus bendiciones

Al apoyo permanente de mis hermanos y en especial Alicia, mi madre.

A los compañeros y amigos que hicieron de la carrera una gran aventura productiva.

Al claustro de profesores de la universidad y en especial a mi gran amigo y tutor Dr. Hermes Sarango, por su guía y paciencia

en esta etapa de cierre.

RESUMEN

El delito de lavado de activos constituye un acto cuya finalidad es el simular el origen real de un conjunto de capitales cuya procedencia es de fuentes u operaciones de carácter ilícito, para disimularlos con una apariencia lícita; de tal modo que el objeto mismo del delito es la introducción de los capitales ilícitos dentro de la economía lícita de un Estado, para una vez que se les ha otorgado una apariencia de legalidad puedan utilizados por los infractores sin que las autoridades de control hayan logrado establecer la ilicitud de dichos capitales. Sin embargo, actualmente existe un problema en la aplicación del principio de favorabilidad dentro del delito de lavado de activos, en razón de la existencia de dos normas que sancionan de manera distinta este tipo penal, la Ley para reprimir el lavado de activos que establece una pena menor por este delito y el COIP, que incrementó la pena, de modo que las personas que son procesadas por el delito argumentan que el tiempo en el cual se cometió este delito fue durante la vigencia de la primera norma, para que de esta manera se les sancione con una pena menor, aun cuando esto no haya ocurrido. Esta situación se complica si se considera que el lavado de activos se configura en una serie sucesiva de actos y no en uno solo, debiendo por lo tanto el juzgador analizar en qué casos puede operar este principio. Por tal razón, la presente investigación aborda algunos criterios al respecto con la finalidad de que quienes administran justicia puedan aplicar correctamente el tipo penal en relación con el principio de favorabilidad.

Palabras clave: Blanqueo de capitales, lavado de activos, principio de favorabilidad.

ABSTRACT

The crime of money laundering constitutes an act whose purpose is to simulate the real origin of a group of capital whose origin is from sources or operations of an illicit nature, to hide them with a lawful appearance; in such a way that the very object of the crime is the introduction of illicit capital into the legal economy of a State, for once they have been granted an appearance of legality they can be used by the offenders without the control authorities having achieved establish the illegality of said capital. However, there is currently a problem in the application of the principle of favorability within the crime of money laundering, due to the existence of two norms that sanction this criminal type differently, the Law to repress money laundering that establishes a lesser penalty for this crime and the COIP, which increased the penalty, so that the people who are prosecuted for the crime argue that the time in which this crime was committed was during the validity of the first rule, so that in this way they are given a lesser penalty, even if this has not occurred. This situation is complicated if it is considered that money laundering is configured in a successive series of acts and not in a single one, therefore the judge must analyze in which cases this principle can operate. For this reason, this research addresses some criteria in this regard in order that those who administer justice can correctly apply the criminal type in relation to the principle of favorability.

Keywords: Money laundering, money laundering, favorability principle.

ÍNDICE GENERAL

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT.....	viii
ÍNDICE GENERAL.....	ix
ÍNDICE DE TABLAS.....	xiii
INTRODUCCIÓN.....	1
Situación problemática	1
Determinación del objeto de estudio.....	2
Formulación del problema	2
Objetivos.....	2
General	2
Específicos	2
Justificación	2
CAPÍTULO I.....	5
1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	5
1.1. Antecedentes de la investigación.....	5
1.2. Bases teóricas	6

1.3. Aspectos Introdutorios	6
1.3.1. Definición de delito.....	6
1.3.2. Origen del lavado de activos	8
2.1.3 Doctrina sobre el Lavado de Activos	11
2.1.4 Responsabilidad penal: Aproximación conceptual	13
2.1.5 Alcances del delito de lavado de activos.....	15
2.1.6 Características del delito de Lavado de Activos	18
2.1.7 Etapas del delito de Lavado de Activos.....	20
2.1.8 Factores que han potencializado el delito	23
2.2 Elementos del delito de lavado de activos	25
2.2.1 Formas de participación delictual en el lavado de activos	25
2.2.2 Lavado de activos en el derecho penal del enemigo.....	28
2.2.3 Inconstitucionalidad del procesamiento del lavado de activos contra el abogado defensor	31
2.2.4 El lavado de activos y defraudación tributaria.....	33
2.3 Delito de Lavado de Activos y principio de favorabilidad	35
2.3.1 Definición de principio de favorabilidad	35
2.3.2 El principio de favorabilidad en la legislación ecuatoriana	38
2.3.4 El principio de irretroactividad en materia penal y su relación con el principio de legalidad	40
2.3.3 El principio de retroactividad en materia penal	42

2.3.5 Análisis comparativo del tipo penal de lavado de activos	44
CAPITULO II.....	46
METODOLOGÍA.....	46
2.1. Nivel de Investigación.....	46
2.2. Métodos de Investigación.....	48
2.3. Población y muestra	49
2.4. Técnicas e instrumentos de Investigación	49
2.5. Procedimiento para el análisis de resultados	51
2.6. Definición de categorías emergentes	51
2.6.1 Delito de lavado de activos	51
2.6.2 Principio de favorabilidad	52
2.9. Categorización de objetivos	53
de Resultados.....	56
CAPÍTULO III.....	76
PROPUESTA DE SOLUCIÓN.....	76
3.1. Fundamentos para una reforma	76
3.2. Objetivos de la propuesta.....	77
3.2.1 General.....	77
3.2.2 Específicos	77
3.3. Contextualización	77

3.4. Planteamiento de algunas ideas que resuelvan la problemática.....	78
Conclusiones.....	80
Recomendaciones.....	83
Bibliografía	84

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 – Categorización de los Objetivos	53
--	----

INTRODUCCIÓN

Situación problemática

La Ley para reprimir el lavado de activos, publicada en el Registro Oficial 127 del 18 de octubre del 2005, en el artículo 14 establece cuáles son las conductas punibles y en el artículo 15 las sanciones a aplicarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso. La norma de la referencia, fue derogada parcialmente por la Disposición Vigésima Cuarta del Código Orgánico Integral Penal, que derogó los artículos 14 al 18, pues se tipificó el delito de lavados de activos en el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, modificando las penas para los casos más graves, toda vez que la norma contenida en la Ley para Reprimir el Lavado de activos sancionaba con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y el COIP sanciona con pena privativa de libertad de diez a trece años.

El tema de la referencia, tuvo consecuencias jurídicas en relación con el principio de favorabilidad previsto en el Art. 76 de la Constitución de la República, así como en la norma infra constitucional prevista en el numeral dos del artículo 5 del COIP, que dispone: “En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.” (Constitución de la República del Ecuador , 2008).

Consiguientemente, al haberse producido una variante en la pena con la promulgación del COIP, es obvio que quienes se encontraban procesados por el delito de lavado de activos, en aplicación del principio de favorabilidad, y concomitantemente por aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley es evidente que exijan que la norma aplicable es la que se encontraba en vigor cuando ocurrió la comisión del delito; sin embargo, el problema radica en que este delito se configura en una serie sucesiva de actos y no en uno solo, debiendo por lo tanto el juzgador analizar en qué casos puede operar este principio. De lo expuesto, surge la necesidad de investigar y analizar esta problemática y contar con todos los elementos necesarios, de tal suerte que quienes administran justicia puedan aplicar correctamente el tipo penal en relación con el principio de favorabilidad, entre otros principios.

Determinación del objeto de estudio

En el desarrollo del presente trabajo se abordarán los aspectos más importantes en relación al delito de lavado de activos, pues debe comprenderse principalmente cuál es su conducta punible y en qué momento se configura la misma, toda vez que es determinante para poder establecer cuando se cometió el delito; y, por tanto, se pueda o no aplicar principio de favorabilidad.

Formulación del problema

- ¿En qué casos se puede aplicar el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos?

Objetivos

General

Determinar en qué casos se puede aplicar el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos.

Específicos

Establecer los elementos constitutivos objetivos y subjetivos del delito de lavado de activos.

Identificar el alcance constitucional y penal del principio de favorabilidad en la legislación ecuatoriana.

Identificar las consecuencias jurídicas de la aplicación del principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos.

Justificación

Es pertinente realizar el presente estudio con el tema de investigación planteado, en razón que constituye uno de los delitos que mayormente se presentan en la actualidad, debido a su relación con otros delitos que son cometidos por la delincuencia organizada,

pues actualmente existe impunidad al combatirlo, en razón a su dificultad probatoria al ser un delito compuesto, es decir, que implica una serie de conductas o verbos rectores.

En efecto, la importancia social del presente tema de investigación se fundamenta en el efectivo juzgamiento y sanción del delito de lavado de activos, pues además de las dificultades probatorias un aspecto que obstaculiza su correcta sanción, es la normativa jurídica que lo regula, pues la misma se halla contenida en diversa normativa nacional y en convenios de carácter internacional, muchos de los cuales tiene deficiencias y vacíos jurídicos, uno de ellos se refiere precisamente al principio de favorabilidad, que hace que los procesados por este delito busquen beneficiarse de una disminución de la pena, en razón del principio de ultra actividad de la ley.

Los beneficiarios directos del presente trabajo de investigación será principalmente la sociedad ecuatoriana, en razón que se busca realizar un análisis a profundidad que permita establecer pautas para poder perseguir el delito de manera más eficiente, pudiendo establecer plenamente en qué momento se comete el delito y, por lo tanto, aplicar o no el principio de favorabilidad. Lógicamente que también se beneficiarán de manera directa la administración de justicia penal, ya que este trabajo pretende convertirse en un aporte en lo que se refiere al delito de lavado de activos y la aplicación del principio de favorabilidad. Además, es necesario precisar que se considera que existen las condiciones necesarias para desarrollar una investigación favorable, pues se cuenta con recursos humanos amplios bibliográficos necesarios que permitirán alcanzar los objetivos de estudio y elaborar una propuesta adecuada de solución para el problema expuesto.

Se considera además que el tema de la presente investigación tiene la novedad científica, pues si bien es cierto se ha encontrado dentro de los repositorios académicos y también las bases de datos bibliográficas, no se ha encontrado un trabajo investigativo que haya abordado el delito de lavado de activos desde la perspectiva del principio de favorabilidad, sino que únicamente se han centrado en el estudiado desde el aspectos sustantivo y procesal, de modo que se brindará un aporte desde el campo de los

principios que aborda tanto la Constitución de la República como los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

CAPÍTULO I.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes de la investigación

Como antecedentes investigativos académicos se encuentran los siguientes trabajos:

Al efecto, Ángel Monfilio Aldaz Valdez: “El Origen Ilícito en el Delito de Lavado de Activos en el Ecuador”. Quito, Ecuador, 2009, tesis de posgrado realizada en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. El trabajo de investigación en cuestión aborda el delito de lavado de activos, considerando que es uno de los que mayormente se producen, toda vez que las bandas delincuenciales tratan de blanquear dineros provenientes de actividades ilícitas. El estudio se lo realiza desde tres puntos de vista, el primero abarca los enfoques nucleares relacionados con el lavado de activos; mientras que el segundo hace hincapié en los distintos delitos relacionados con el lavado de activos, y que sirven para obtener el dinero oscuro. Finalmente, se hace un estudio histórico, social y económico del delito de lavado de activos en el Ecuador (Aldaz, 2009).

Por otra parte, Pablo Pazmiño Villalba, “El delito de lavado de activos y su incidencia en el Ecuador”. Quevedo, año 2012. Tesis de posgrado realizada en la Universidad Nacional Autónoma de los Andes; trabajo académico en el cual se aborda el delito de lavados de activos, desde la Ley de Lavado de activos en el Ecuador, que estaba vigente antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, con el objeto de establecer si dicha norma cumplía con los estándares internacionales de lucha contra el lavado de activos, para al final realizar una propuesta de reforma normativa que se adecúe a estos estándares (Villalba, 2012).

Por su lado, Luis Edison Torres Alulema, “El juzgamiento del lavado de activos en el Distrito Metropolitano de Quito durante el año 2012”. Quito, año 2015. Tesis de pregrado realizada en la Universidad Central del Ecuador; trabajo académico que se centra en el aspecto procesal y probatorio del lavado de activos, sobre todo en las dificultades que existen para demostrar la existencia de este delito por parte de las entidades de control

y por ende para perseguirlo y procesarlo. De este modo, se hace un repaso por la normativa nacional e internacional, así como la perspectiva histórica y social, con el objeto de poder extraer conclusiones que permitan mejorar la lucha contra la corrupción y no quede en la impunidad (Torres, 2015).

1.2. Bases teóricas

A continuación, se presentan los antecedentes más relevantes acerca de la temática de estudio que dan sustento a los objetivos de estudio y a la idea a defender, mismos que serán analizados de manera crítica, de modo que exista un aporte personal acerca de estas importantes ideas.

1.3. Aspectos Introdutorios

1.3.1. Definición de delito

El delito constituye uno de las definiciones sobre las cuales se han pronunciado diversos autores y sobre las cuales han existido intensos debates. En este sentido, antes de avanzar hacia la definición de los delitos de carácter económico y puntualmente sobre el delito en particular de lavado de activos, es necesario analizar de manera breve algunos de los criterios más importantes al respecto.

En este sentido, uno de los criterios de la doctrina clásica penal, es la del autor Francisco Carrara, quien es citado por Pedro Dorado, quien define al delito, como: “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Garófalo, 2005, pág. 47).

En la definición realizada por el autor se comprende como el delito instituye una infracción que ha realizado una determinada persona o grupo de personas, sobre una de las normas del Estado, cuya finalidad ha sido brindar protección a las personas y seguridad a la sociedad; dicha infracción se comete a través de acciones u omisiones que resultan imputables a quienes los cometieron y además han producido una afectación al Estado.

Otra definición de delito es la que se enmarca dentro de la concepción dogmática del delito, misma que fue desarrollada por los autores Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernest Mayer y Edmundo Mezger, mismos que consideraban que “El delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable”; de este modo, “La concepción dogmática del delito enumera los elementos constitutivos del delito” (Martinez & Serra, 2010, pág. 8).

Desde esta perspectiva, se comprende como el delito se constituye con base a la existencia del tripartito penal en palabras del maestro italiano Mario Trapani, como son: la Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, de tal modo que no solamente basta que una acción se considere como dañosa contra la sociedad y que se infrinja una norma estatal de protección de los ciudadanos.

De consiguiente, al delito se lo concibe como una acción que sea típica, es decir, aquella cuya conducta debe estar tipificada dentro del catálogo penal de un Estado, donde claramente se determine la acción u omisión que constituye delito, pero además se deberá establecer la pena aplicable para el o los infractores; pero además, deberá ser antijurídica, es decir, deberá afectar a un bien jurídico sin justa causa, y finalmente, deberá ser culpable, lo que implica que la persona que la comete deberá cumplir con los requisitos de imputabilidad para que recaiga en él la culpa de la acción cometida.

Por otra parte, una definición contemporánea de delito la realiza el autor Francisco Muñoz Conde, quien, respecto del delito, expresa:

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crime sine lege* que rige el moderno derecho penal (...) que impide considerar como delito toda conducta que no haya sido previamente determinada por una ley penal (Muñoz, 2013, pág. 2).

La definición de delito en referencia se la realiza desde la perspectiva legalista señalando que se considera como delito, la conducta que el legislador ha incluido dentro del catálogo o ley penal de un Estado, que es sancionada con la aplicación de una pena, de modo que desde la perspectiva del principio de legalidad que impera en todos los

Estados que siguen la tradición moderna del derecho penal, el delito puede considerarse como el cometimiento de una conducta tipificada como delito previamente dentro de la normativa penal.

En lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, la primera puntualización que debe realizarse es que el Código Orgánico Integral Penal (En adelante COIP), no utiliza la expresión delito como un término genérico y general para referirse a las conductas que el legislador sanciona con una pena, sino que la norma emplea el término “infracción penal” para referirse a la categoría dogmática del delito.

Al respecto, el artículo 18 del COIP define a la infracción penal de la siguiente manera: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014), de modo que se acoge la definición de la concepción dogmática al considerar a la infracción como aquella que cumple los tres elementos constitutivos que son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Asimismo, el artículo 19 *ibidem* contempla la clasificación de las infracciones, y prescribe que: “Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones” y seguidamente prevé que “Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días”, de manera que las contravenciones se sancionan con un tiempo menor a la del delito, según se dispone dentro de este mismo artículo de la norma penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

1.3.2. Origen del lavado de activos

Si bien es cierto, el delito de lavado de activos no apareció sino hasta el año de 1988, su origen es mucho más remoto a esta fecha, hasta el punto de considerarse el mismo tan antiguo como el delito mismo, ya que, desde la existencia del delito, se crearon paralelamente formas a través de las cuales los infractores debieron utilizar esos dineros mal habidos y volverlos a reinsertar dentro de la economía. Sin embargo, desde el punto de vista histórico se considera que existen un conjunto muy delimitado de acontecimientos históricos que configuran el origen del lavado de activos.

Es así, que el primer acontecimiento histórico se da en plena edad media, cuando la iglesia católica dispone por ocasión que la usura se considera como un delito en el derecho canónico y también como un pecado mortal, por lo que todas las operaciones realizadas por los prestamistas pasan a considerarse como un delito, de modo que los mismos empiezan a realizar un conjunto de actividades que tiene por finalidad el ocultar el origen de los fondos que prestaban, por lo que se empiezan a originar los primeros mecanismos y las estructuras para poder ocultar estas operaciones que ya eran consideradas como ilegales.

Sin embargo, no sería sino hasta el siglo XX cuando surge el término de lavado de dinero, lo que ocurre con la promulgación de la XVIII enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que se dio en el año de 1919, y que estuvo vigente hasta el año de 1933, y que es conocida históricamente como el periodo o época de prohibición, ya que dentro del mismo se prohibieron todas las actividades relacionadas con las bebidas alcohólicas.

La producción, comercialización, transporte y consumo de bebidas alcohólicas totalmente prohibido dentro del territorio norteamericano, comienzan a constituirse por primera ocasión las primeras mafias, que no son sino los primeros grupos de crimen organizado que tenían por finalidad, la producción y distribución de bebidas alcohólicas de manera clandestina.

Este grupo de mafias, sabiendo que su actividad está completamente prohibida, y que necesitaban una forma a través de la cual justificar los cuantiosos ingresos que les dejaba la realización de sus actividades ilegales, que para ese entonces no solo se relacionaba con la producción y comercialización del alcohol, sino a otro grupo de actividades conexas igualmente ilegales como la prostitución y el juego ilícito, las mafias norteamericanas crearían una red de lavanderías con la finalidad de señalar que los ingresos provenían de esta fuente y así poder hacer lícitos esos recursos económicos, por lo que ha esta modalidad de fraude se le dio el nombre de Money Laundering que se traduciría como Lavado de Dinero, y más tarde tomaría el nombre de lavado de activos.

En el año de 1970, igualmente, dentro de los Estados Unidos de América, se aprueba por primera ocasión la Ley del Secreto Bancario, a través de la cual se permitía la supervisión de las transacciones económicas realizadas en las instituciones financieras bancarias, de modo que el gobierno realizaba un control a través de un sistema de formularios que debían ser llenados, por las personas que realizaran transacciones que hayan alcanzado o superado un monto total de \$10.000 en un día de trabajo.

De esa manera, se podía realizar un control de aquellas actividades que pudieran de alguna forma presentar una sospecha de que se relacionaban con prácticas de lavado de activos, evasión de impuestos o aquellas que provengan de cualquier otro tipo de actividades ilícitas; mecanismo que permitió discernir entre las actividades provenientes de fondos lícitos e ilícitos e imponer multas o prisión a quienes hayan falseado la información de los formularios.

En 1986 se da el antecedente más importante, ya que debido a la necesidad de que exista un mayor control sobre estas prácticas ilegales dentro de los Estados Unidos, el Senado crea la Ley de Control de Lavado de Dinero, que desde el punto de vista histórico se considera como la ley oficial pionera en la tipificación del delito de lavados de activos, al cual se lo considera como un delito federal, y a través del cual se obliga a todas las instituciones financieras a que establezcan procesos de cumplimiento de la ley. En lo relacionado con el contexto nacional, el Profesor Alfonso Zambrano Pasquel, señala:

Otro antecedente lo encontramos en Las Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias de diciembre de 1988, conocidas como reglas de Basilea que son elaboradas por representantes de los Bancos Centrales de los diez países más importantes en el mundo industrializado, allí se hacen declaraciones de principios anti lavado y se insta a los bancos y entidades financieras a adoptar medidas para evitar que los bancos sean utilizados para el lavado de activos provenientes de actividades delictivas. Se empiezan a diseñar estrategias para obtener información suficiente sobre la identidad de los clientes y la cooperación de las autoridades para detectar operaciones sospechosas (Zambrano, 2019, págs. 10, 11).

Este año también resultaría particularmente importante para la configuración de la lucha contra el lavado de activos, pues, también se da la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, o Convención de Viena, en la cual también se hace énfasis en la lucha que se debe dar contra el lavado de activos, mientras que en 1990 se firma la Convención Europea sobre Blanqueado, Rastreo, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen y en 1991 se promulga la Normativa de la Unión Europea, Directiva 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de activos. La Organización de Estados Americanos (En adelante OEA) por su parte, en 1992 crea la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas y aprueba el Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado de dinero.

2.1.3 Doctrina sobre el Lavado de Activos

Un aspecto que se debe determinar acerca del lavado de activos, es que este delito dentro de la doctrina penal y también en las legislaciones de todo el mundo no tiene uniformidad en su denominación, pues se hacen uso de distinta terminología para referirse al mismo, como lavado de capitales, legitimación de capitales o blanqueo de capitales, entre otras; pero las mismas hacen referencia al mismo tipo penal.

Ya en lo que se refiere a la definición de este delito, la primera que se analizará es la aportada por el autor Diego Gómez Iniesta, define el lavado de activos, 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 económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita (Gómez, 1997, pág. 21)

De lo expuesto, se infiere que el delito de lavado de activos constituye aquella operación que se realiza con el objeto de que, un dinero que haya sido obtenido por medios de carácter no lícito, cualquiera que estos fueran, se conviertan en fondos lícitos, de modo que se oculte el origen, se lo sustituya o se transforme los mismos, antes de que se los incorpore nuevamente al sistema financiero bajo otra actividad económica que demuestre una aparente licitud de dichos capitales o activos.

Por su parte, la autora Ursula Cassani apunta la siguiente definición acerca del delito de lavado de activos:

Es el acto por el cual la existencia, la fuente ilícita o el empleo ilícito de recursos son disimulados con el propósito de hacerlos aparecer como adquiridos de forma lícita. Lavar dinero es reintroducirlo en la economía legal, darle la apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto: el que lava dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de su infracción (Cassani, 2014, pág. 2).

En la definición presentada por la autora se comprende como el delito de lavado de activos se constituye un acto cuya finalidad es el simular el origen real de un conjunto de capitales, cuya procedencia ha provenido de fuentes u operaciones de carácter ilícito, para hacerlos ver como que los mismos han provenido de una fuente lícita.

En la definición aportada por la misma autora se comprende como el objeto mismo del delito es la introducción de los capitales ilícitos dentro de la economía lícita de un Estado, una vez que se les ha otorgado una apariencia de legalidad de su procedencia, para que así el o los delincuentes, puedan disfrutar de este patrimonio sin que las autoridades de control hayan logrado establecer la ilicitud de dichos capitales.

Por su parte, el autor Hernando Hernández, recoge una definición realizada por Guillermo Richter, quien tiene el siguiente criterio:

El lavado de dinero es el procedimiento subrepticio, clandestino, mediante el cual los fondos o ganancias provenientes de actividades ilícitas, como son: armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria y narcotráfico, son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardidés tan heterogéneos como tácticamente hábiles (Hernández, 2017, pág. 26).

De acuerdo con lo expresado por el autor, se considera que el delito de lavado de activos constituye un procedimiento de carácter ilícito y clandestino, a través del cual, los fondos que provienen del cometimiento de diversos delitos, a los que se podría considerar como conexos, que pueden ser tanto delitos de carácter económico, delincuencia organizada,

o inclusive delitos comunes, tratan de ser incorporados a la economía lícita de un Estado, a través de un conjunto de prácticas muy heterogéneas.

En esta misma línea de pensamiento opina la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito (UNODC), quien apunta una definición de lavado de activos en la que considera que existen diversas fases:

Proceso dinámico en tres fases que requiere: en primer lugar, alejar los fondos de toda asociación directa con el delito; en segundo lugar, disfrazar o eliminar todo rastro; y, en tercer lugar, devolver el dinero al delincuente una vez ocultados su origen geográfico y ocupacional (Organización de las Naciones Unidas: Oficina Contra la Droga y el Delito, 1999, pág. 4).

Por su parte, los autores Andrés Correa y Edmundo Eluchans definen al Lavado de Activos de la siguiente manera:

Internacionalmente se entiende que el lavado de activos es un subterfugio para formalizar flujos financieros informales de procedencia ilícita, particularmente el narcotráfico, o como la introducción subrepticia de activos de origen ilícito en los canales legítimos de la economía formal (Correa & Eluchans, 2011, pág. 194).

En la perspectiva señalada por los autores, se determina que el delito de lavados de activos implica un conjunto de actividades a través de las cuales se pretende formalizar, legitimar o dar un origen formal a activos que han tenido una procedencia ilícita, proveniente de actividades irregulares, principalmente de delitos como el narcotráfico u otros.

2.1.4 Responsabilidad penal: Aproximación conceptual

En sentido general el término responsabilidad hace alusión a una obligación de realizar algo que adquiere una persona debido a que ha cometido un delito o que se ha originado en algún deber legal; una definición que está en línea con el ámbito jurídico, que comprende “la obligación de cumplir o soportar las consecuencias que la ley asigna un hecho o acto, o bien, la necesidad en que se encuentra una persona de satisfacer las obligaciones que tiene frente al Derecho” (Abeliuk, 2008, pág. 160).

En este sentido, debe afirmarse que el término responsabilidad es mayormente utilizado en el ámbito de las obligaciones que se originan de los actos ilícitos; sin embargo, debe señalarse que, de manera general, un acto puede ser contrario a Derecho en varios sentidos, debido a la multiplicidad de materias que existen; de allí se originan distintas formas de responsabilidad, como la civil, la administrativa y también la penal.

Por su parte, el autor Felipe de la Fuente, señala: “podemos decir, en términos generales, que la responsabilidad penal es la obligación que afecta a toda persona que comete un delito, de cumplir la pena que la ley ha previsto para su ejecución” (De la Fuente, 1991, pág. 115); de modo que la responsabilidad penal se origina en razón de que una persona ha cometido una acción que se encuentra tipificada como un delito, estando obligado a afrontar la pena que se ha dispuesto como consecuencias jurídica de dicha trasgresión.

Sin embargo, el mismo autor advierte que existen diversas acepciones de la responsabilidad penal desde el punto de vista doctrinario:

En doctrina, podemos distinguir por lo menos cuatro acepciones diferentes de responsabilidad penal, las que, en graduación de mayor a menor especificidad, podemos enunciar en el siguiente orden: a) Responsabilidad penal como imputabilidad. b) Responsabilidad penal como exigibilidad. c) Responsabilidad penal como culpabilidad. d) Responsabilidad penal como la consecuencia jurídica del delito, consistente en la obligación de soportar una pena (De la Fuente, 1991, pág. 115).

En cuanto a la responsabilidad como sinónimo de la imputabilidad, la misma idea alude a que la persona que cometió un delito pueda ser obligada a que responda por el cometimiento de esta acción, es decir, debe reunir las condiciones de imputabilidad en lo que se refiere a sus facultades para dirigir sus actos. En la actualidad, la imputabilidad es solo una de las condiciones para que exista la culpabilidad, y por lo tanto, a responsabilidad penal.

En cuanto a la segunda, la responsabilidad penal como exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho, lo que se busca es realizar un análisis que pueda determinar si existe o no la atribuibilidad de la conducta, que implica que se pueda establecer si existen

las condiciones de carácter objetivo, así como si existe una subjetividad reprochable del sujeto que cometió el delito.

En cuanto a la responsabilidad penal como culpabilidad, la misma fue formulada por Welzel dentro de su teoría finalista del delito:

En ella, el penalista alemán aborda el tema del libre albedrío en procura de los fundamentos últimos sobre los cuales poder erigir al hombre como un ser capaz de generar y orientar sus propias acciones. En su reafirmación -por cierto, no al modo iluminista-, coloca la responsabilidad en un primer plano, como una categoría constituyente, esencial y determinante en el modo de ser propio del hombre (De la Fuente, 1991, pág. 117).

De acuerdo con lo explicado por el autor, dentro de esta doctrina se contempla la idea de que la responsabilidad está asociada de manera exclusiva al cumplimiento del elemento subjetivo del delito que es la culpabilidad, de modo que, si se presentan los elementos que se exige dentro de cada ordenamiento jurídico para que una infracción sea considerada como culpable, existe por lo tanto responsabilidad penal por parte de la persona que haya cometido la acción tipificada como delito.

Finalmente se encuentra la responsabilidad penal como la obligación de soportar una pena, idea que está asociada al sentido general de responsabilidad jurídica, en el sentido que toda forma de infracción de una norma tiene una cierta consecuencia jurídica, que para el caso del derecho penal resulta ser la imposición de la pena que debe estar prevista dentro de la misma normativa penal que tipifica una acción como delito.

2.1.5 Alcances del delito de lavado de activos

El delito de lavado de activos constituye si bien es cierto constituye un delito independiente, el mismo se encuentra también relacionado con varios otros tipos penales, pues un elemento indispensable para que se configure la conducta típica de este delito, es la existencia de capitales, ya sea dinero u otros activos, provenientes de

actividades que se pueden considerar como ilícitas, de ahí la relación que tiene el delito de lavado de activos con los demás delitos.

Precisamente en este sentido, se debe observar la complejidad del delito de lavado de activos, pues el mismo constituye a su vez un delito que atenta en contra de diversos bienes jurídicos, principalmente contra el sistema financiero de un Estado, pues este es indispensable para que el dinero que ha sido obtenido producto de las diversas actividades ilícitas pueda ser ingresado y dotado de aparente licitud.

En este contexto, respecto del bien jurídico que es afectado por el delito de lavado de activos, los autores Norma Bautista, Heiromy Castro, Olivo Rodríguez, Alejandro Moscoso, y Maximiliano Rusconi, apuntan el siguiente criterio:

El lavado de activos es usualmente un crimen financiero y por consiguiente un tipo muy particular de fraude, pues tina a la sociedad, al estado de derecho, genera competencia desleal, cataliza la impunidad, puede inducir a que se planifiquen políticas económicas erradas, con lo que se generarían crisis, caos y aumento en los niveles de pobreza. Como suma de todo lo anterior, el lavado atenta contra la gobernabilidad y por ende con el orden democrático de cualquier nación. En tal sentido, lo enfocaremos como un gran fraude y plantearemos su búsqueda en la determinación de pequeños fraudes, que son detonantes de grandes casos (Bautista, Castro, Rodríguez, Moscoso, & Rusconi, 2005, pág. 246).

De acuerdo con lo explicado por los autores Norma Bautista, Heiromy Castro, Olivo Rodríguez, Alejandro Moscoso, y Maximiliano Rusconi, se comprende como el delito de lavado de activos constituye una especie de fraude, pero con características muy importantes, en razón de que es un delito que produce una afectación muy grande a todo el sistema financiero nacional e internacional, de allí que se considere que el mismo afecta al Estado de derecho, pues su afectación se extiende hacia el Estado y también sobre toda la sociedad en su conjunto.

Otros grandes efectos que tiene el delito de lavado de activos se presenta sobre la competencia desleal y la afectación a la política económica de un Estado, todo ello enmarcado dentro del ámbito de impunidad que se genera alrededor del mismo, lo que hace necesario la planificación de las autoridades gubernamentales de una estrategia

que permita no solamente su sanción, sino además su prevención, debiendo existir un enfoque integral en cuanto a su persecución penal, pues además es necesario que se detecten los demás delitos que son fuente de los caudales de delito, ilícito que se pretende introducir en el sistema financiero.

En este mismo sentido, opina el autor Víctor Prado, quien respecto del bien jurídico que afecta el delito de lavado de activos explica la complejidad que se presenta en este caso particular, debido a los múltiples efectos que el mismo tiene, y señala:

Por otro lado, tampoco resulta del todo acertado, considerar al lavado de dinero como un delito que colisiona únicamente con bienes jurídicos macrosociales como el orden económico o el sistema financiero de un país. Dado que, si bien es cierto que los principales efectos del delito que analizamos puede distorsionar los indicadores y la estabilidad reales de la economía de un Estado, no siempre los procedimientos de blanqueo de capitales contradicen las formas o límites de la regulación normativo-financiera o normativo-tributaria de los países, tal como nos lo demuestra la existencia de los llamados “paraísos financieros”. De allí que no sea del todo coherente con la realidad criminógena y político-criminal del ilícito que nos ocupa, sostener (...) que las conductas de lavado de dinero amenazan únicamente la estabilidad económica de cualquier sociedad (Prado, 2006, pág. 11).

Conforme a lo explicado, el delito de lavado de activos tendrá siempre un impacto macro social y económico, pues afecta a bienes jurídicos tan importantes como el mismo orden económico nacional e internacional, así como al sistema financiero del Estado; pero al mismo tiempo admite que este no es el único bien jurídico afectado, pues si se observa determinadamente a este conducta se tiene que existen casos en los cuales no existiría afectación de dichos bienes, como en los países considerados como paraísos fiscales, en donde estas actividades son toleradas y por lo tanto no afectarían en ningún caso al orden económico o social y al sistema financiero.

Por esta razón, el autor explica que se afectan otro conjunto de bienes como la estabilidad económica de cualquier sociedad, pero además existe otro tipo de repercusiones tanto en el ámbito social y económico, como también dentro del derecho tributario; de allí la complejidad que tiene este delito.

2.1.6 Características del delito de Lavado de Activos

Precisamente, de acuerdo con las definiciones aportadas, desde el punto de vista de la doctrina, se comprende que el delito de lavado de activos tiene una serie de características, siendo una de las más importantes y principales, que el mismo se desarrolla en una serie de fases o procedimientos a través de los cuales se configura el delito, de allí que se lo considere como un delito compuesto, es decir, aquel que tiene varios verbos rectores.

Una segunda característica del delito de lavado de activos es que el mismo, generalmente, adquiere un carácter internacional, ya que con el objeto de poder disimular en mejor forma los fondos provenientes de las fuentes o actividades ilícitas, los delincuentes buscan desplazar los activos de un país al otro, aprovechando la existencia de diversos ordenamientos jurídicos, de modo que se puede dificultar “su persecución por parte de las autoridades y facilitar su encubrimiento” (Blanco, 2012, pág. 45).

Los delincuentes suelen aprovechar además las legislaciones más débiles, en las que existen mayores vacíos jurídicos, deficiencias normativas o ineficiencia institucional para la persecución y sanción de delito, o también la falta de coordinación y cooperación entre los distintos Estados para determinar la ilicitud de los distintos activos que se requieren insertar dentro de la economía lícita del Estado.

Aunque constituye una de las modalidades más frecuentes en las cuales se puede realizar el delito de lavado de activos no es la única, pues también el mismo se puede producir de manera local, es decir, que todas sus fases se efectúen dentro del mismo Estado, en cuyo caso, existirá una mayor facilidad para su persecución.

Asimismo, uno de los aspectos en los que mayormente se ha trabajado dentro de la comunidad internacional ha sido la celebración de los convenios internacionales de lucha contra el lavado de activos, así como también de los delitos conexos, así como también existen recomendaciones realizadas por los organismos especializados como UNODC e INTERPOL, con la finalidad de que no exista impunidad en el cometimiento del delito.

Otra característica de este delito es el amplio volumen que tiene este fenómeno, ya que se considera que es uno de los delitos que mayores réditos económicos le genera a los grupos de delincuencia organizada que existen en todo el mundo, siendo su verdadero volumen imposible de calcular, por lo que desde las distintas legislaciones lo único que se ha procurado realizar es una estimación cercana de los montos que se movilizan a nivel de cada Estado y a nivel global producto de estas actividades ilícitas. Respecto a ello, el autor Jorge Barral, explica:

Más allá de las diferencias que se observan en las distintas estimaciones que se han dado a título de ejemplo, y de la aproximación que efectivamente puedan reflejar respecto de las cifras reales, lo que resulta evidente es que, en cualquier caso, el volumen de la actividad revela la magnitud del fenómeno (Barral, 2012, pág. 2).

Justamente, las siguientes dos características de este delito son una consecuencia del amplio volumen de recursos que el lavado de activos genera; siendo la siguiente característica la profesionalización de este delito, pues en la actualidad se ha producido la creación de verdaderas estructuras profesionales del delito.

Inclusive, desde el punto de organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas se ha llegado a considerar que el lavado de activos es una multinacional del delito, pues debido a los altos montos que se mueven a través de este delito, los delincuentes han profesionalizado sus actividades criminales, creándose estructuras y redes criminales que tienen una gran complejidad, logrando una apariencia sólida en cuanto a su supuesta legitimidad frente a la sociedad, que están constituidas por profesionales de diversas áreas.

La última característica del delito de lavado de activos ha sido la variedad y variación de las técnicas empleadas, siendo una de las dificultades que debe enfrentar las autoridades de persecución criminal, pues para la realización del blanqueo de los capitales, generalmente se utilizan técnicas de carácter lícito, las cuales son difíciles de poder rastrear, aun con los diversos mecanismos de prevención que existen para este delito, ya que estos delitos se materializan a través de la realización de actividades comerciales, financieras o procedimientos administrativos que realizaría cualquier otra

empresa lícita que efectúe actividades comerciales o financieras nacionales o internacionales.

2.1.7 Etapas del delito de Lavado de Activos

Uno de los aspectos más importantes respecto del delito de lavado de activos, es que es uno de los denominados delitos compuestos, lo que implica que su tipicidad se compone de varios verbos rectores o diversas actividades que no se producen en un mismo momento, sino que en diversas etapas o fases.

Estas fases pueden verse reflejadas en los instrumentos internacionales que existen acerca de este delito, principalmente en la Convención de Viena de 1988 que fue la iniciativa internacional de carácter pionero para lograr la tipificación dentro de las distintas normas penales nacionales de los países del delito de lavado de activos proveniente del narcotráfico, así como también en otros instrumentos como las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y contra la Corrupción. También el Grupo de Acción Financiera (En adelante GAFI), creado por el G8 en 1989 consideran que las etapas que intervienen en el lavado de activos son: la colocación, el enmascaramiento y la integración.

En lo que se refiere a la primera etapa de colocación, como su denominación lo indica, es en la cual el del delincente se desprende de grandes sumas de dinero en efectivo que provienen de las distintas fuentes ilícitas como delitos, con el objeto de realizar operaciones dentro del sistema financiero de un país, el cual ya ha sido estudiado de manera minuciosa a fin de poder establecer su nivel de seguridad.

De este modo, en las agencias de seguridad en las cuales se detecte que existe un menor nivel de control y donde resultaría más factible realizar operaciones con altas sumas de dinero, es en donde se procede a depositar las sumas del dinero ilícito, lo que a su vez le permite obtener instrumentos de pago que servirán como medios de pago lícito, como el caso de las chequeras, las tarjetas de crédito, tarjetas de débito, entre otros.

Según explica el autor Miguel Barral, esta constituye una etapa de alto nivel de riesgo para el infractor, debido a la alta posibilidad de detección; y por lo tanto:

Se precisa el empleo de varias personas y el concurso de muchas operaciones, lo que multiplica los riesgos. Superada esta fase, cuando el efectivo ya ha sido colocado en el circuito financiero y empiezan a intervenir las sociedades pantalla, las connivencias bancarias y otros recursos de enmascaramiento o integración, las evidencias materiales y rastros contables van desapareciendo y se hace casi imposible establecer el vínculo entre los fondos y su origen ilícito, de modo que difícilmente pueda detectarse el blanqueo a esa altura (Barral, 2012, pág. 35).

Conforme a lo señalado, en principio existe en esta etapa una gran dificultad por lograr que el dinero en efectivo de origen ilícito sea ingresado dentro de las instituciones en las cuales se buscará disimular su procedencia para volverla lícita, de modo que una forma que se utiliza de manera frecuente por los infractores es la de realizar varias operaciones a fin de que se puede eliminar de mejor forma los rastros de los fondos. Las formas más comunes a través de las cuales se realiza la colación son: a través de las entidades financieras; mediante entidades financieras no tradicionales; por medio de la mezcla de los fondos ilícitos con fondos lícitos; compra de bienes muebles e inmuebles de alto valor; y, a través del contrabando de dinero en efectivo.

La segunda etapa es la estratificación o intercalación, cuya finalidad es la de eliminar el rastro ilícito de los fondos provenientes de las actividades delictivas, para lo cual se realiza un complejo conjunto de operaciones dentro del sistema financiero de un país o de varios, para que de esta manera no exista ningún vínculo con el verdadero origen de los fondos.

Para tal caso, se utilizan a diversas personas, empresas, transacciones e inclusive países, pues entre mayor sea la cadena de actividades, más fácil será brindar un origen lícito a los fondos. En este sentido, el autor Jaime Jaramillo explica que el éxito de estas operaciones para los delincuentes estará en que las “operaciones se realizan de modo veloz, dinámico, variado y sucesivo” (Jaramillo, 2007, pág. 7).

Respecto de los mecanismos que se emplean en esta etapa, principalmente se ha identificado a tres fundamentales que son: convertir el dinero en efectivo en instrumentos de pago; realizar la reventa de los bienes adquiridos con los recursos en efectivo, y efectuar la transferencia electrónica de fondos. En cuanto al primero, su finalidad es facilitar el transporte de los recursos de una entidad financiera a otra o entre distintos países; mientras que el segundo mecanismo permite la obtención de fondos lícitos, pues una vez que se ha adquirido los bienes de alto valor comprados, venderlos proporciona un ingreso aparentemente lícito del dinero.

Finalmente, en cuanto a las transferencias de dinero de manera electrónica, los delincuentes prefieren realizarlos a los denominados paraísos fiscales o Estados que no sean socios en la lucha contra el lavado de dinero, siendo este un aspecto que se facilitó debido al fenómeno de la globalización financiera.

La última etapa es la integración o inversión de los capitales, la misma que tiene por finalidad que se realice la integración final de la riqueza obtenida dentro de los canales económicos oficiales de un determinado Estado; pues una vez que se han completado los procedimientos anteriores, el rastro del dinero ilícito es muy difícil de detectar, de modo que se ha logrado disimularlo de manera efectiva, de modo que las autoridades lo consideran como legal y ya no podrá sancionarse a las personas que han realizado estas operaciones.

En lo que se refiere a los procedimientos con los cuales se realiza esta etapa, de acuerdo con GAFI, principalmente son la venta de inmuebles, la creación de empresas pantalla o empresas de papel y la simulación de préstamos, donde el delincuente o grupo delincuentes se presta dinero a ellos mismos; la complicidad de banqueros extranjeros, que no siempre implica a los altos mandos de las entidades bancarias, sino a funcionarios puntuales; y la utilización de falsas facturaciones de comercio exterior.

2.1.8 Factores que han potencializado el delito

En la actualidad, el delito de lavado de activos ha tenido una gran expansión en todo el mundo debido a una serie de factores que no solo han favorecido su desarrollo, sino que de cierto modo lo han potencializado, pues no cabe duda que existe un contexto ideal en la actualidad, que ha permitido que este delito se presente con mayor frecuencia, en una mayor cantidad de países y con una mayor facilidad para que no pueda ser detectado.

Si bien es cierto, desde el punto de vista general se puede señalar que existen dos macro factores que son los que han permitido la potencialización del delito, que son la mayor presencia de la delincuencia organizada, que cada vez cuenta con una mejor estructura a nivel nacional e internacional; así como el fenómeno de la globalización mundial en diversos sentidos; estos dos factores tiene distintas aristas que han permitido el crecimiento de este delito hasta límites insospechados, dificultando con ello la actuación de las autoridades gubernamentales en su persecución. De este modo, en este punto se analizará brevemente los aspectos más importantes que han favorecido esta actividad ilícita.

En cuanto al proceso de globalización, el primer aspecto que debe mencionarse es en materia económica, pues con el gran crecimiento de los mercados internacionales, las organizaciones criminales han encontrado una oportunidad para realizar operaciones de carácter transnacional que permiten ocultar en mejor forma el origen del dinero, siendo también mucho más difícil para las autoridades de un determinado Estado, poder combatir este delito, debido a la dificultad de acceso de la información de las transacciones realizadas en otros países de manera rápida y eficaz; esto también debido a que existe falta de cooperación de determinados países para combatir este delito, pues muchos no han ratificado los instrumentos internacionales de lucha contra este delito, de modo que no existe ninguna obligación internacional para lograr una cooperación eficaz.

De acuerdo con el autor Víctor Prado los “mayores actores en la actividad económica global y son los actores fundamentales en industrias ilegales, tales como la producción y el tráfico de drogas, del que obtienen beneficios superiores incluso al Producto Interior Bruto de muchos países desarrollados” (Prado, 2006, pág. 229).

Otro de los factores que han potencializado el delito, y que también se relaciona ampliamente con la globalización económica, es la liberalización de los movimientos de capital y desregulación bancaria, que se realizó con el objeto de que exista un ágil intercambio de bienes y servicios dentro de los mercados mundiales, de modo que se eliminaron varios controles existentes a nivel nacional e internacional para facilitar una mejor circulación de los capitales.

Si bien es cierto, la finalidad primaria de las reformas que se emprendieron con el objeto de mejorar la economía mundial, dieron una mayor agilidad a los mercados internacionales, esto provocó como punto negativo, el hecho que se les quitó a los gobiernos una importante facultad de control para la prevención del delito de lavados de activos, de modo que actualmente han sido necesarios, la creación de otros mecanismos de control alternativos, aunque su efectividad pudiera ser menor (Blanco, 2012, pág. 38).

Otro factor que ha permitido el aumento del lavado de activos, que también surgió con la globalización, aunque dentro del campo informático, ha sido la revolución tecnológica, que se ha venido incrementando de manera considerable en los últimos años, y que ha permitido así mismo un mayor incremento y velocidad en las transacciones financieras y económicas, principalmente en el sector bancario, bursátil y mercantil.

Asimismo, si bien debe considerarse las enormes ventajas que ha esto ha supuesto para las personas y las empresas en todo el mundo, la agilidad y el anonimato con la que se realizan las transacciones económicas ha permitido que los delincuentes puedan aprovechar este dinamismo para realizar transacciones que tiene como finalidad el lavado de activos de una manera más fácil y breve, con lo que se puede también eliminar el rastro ilícito del dinero de manera más pronta.

En este sentido, uno de los factores a nivel internacional que más ha ayudado a la existencia del delito de lavado de activos y su incremento son los denominados paraísos fiscales y el secreto bancario, siendo este el punto más débil en cuanto a la lucha contra este delito, pues dentro de estos lugares se permite la realización de transacciones de forma anónima, así como también existe una renuencia de las autoridades por ayudar

en la lucha contra el lavado de activos, de manera que es imposible para las autoridades internacionales poder perseguir sancionar este delito.

En lo que se refiere a las ventajas más importantes que tienen los delincuentes dentro de los paraísos fiscales son la posibilidad de abrir cuentas secretas que solo tiene una numeración, siendo su titular totalmente anónimo; así como también la posibilidad de crear empresas o entidades comerciales cuyo titular también puede mantener ese anonimato, además del hecho de que se les exonera el pago de impuestos (Álvarez & Palacios, 2007, pág. 38).

Finalmente, el último gran factor que ha potenciado el delito de lavado de activos es la delincuencia organizada, misma que es definida por Luis Brusset, quien afirma:

Quando la delincuencia común llega hasta tal extremo de evolución o de perfeccionamiento; cuando rebasa los límites de control gubernamental: cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en la comisión delictiva; cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda de poder, ya sea político, económico o social; es cuando podemos decir; sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada (Brucet, 2007, pág. 49).

La organización criminal de los delincuentes en la actualidad ha tenido un gran impacto en la consolidación y aumento de gran parte de los delitos, que incluye el lavado de activos, pues en la actualidad los grupos delincuenciales han llegado al punto de convertirse en grandes empresas del delito, contando no solo con una estructura sofisticado, sino con medios económicos, materiales, personales, y un grado alto de administración e influencia sobre las autoridades de gobierno, de modo que son capaces de cometer una gran cantidad de delitos y que los mismos queden en la impunidad.

2.2 Elementos del delito de lavado de activos

2.2.1 Formas de participación delictual en el lavado de activos

Siendo un delito compuesto, el lavado de activos tiene una serie de conductas a través de las cuales se materializa, y por lo tanto, un conjunto muy amplio de verbos rectores,

y la tipificación de estas conductas dentro de las legislaciones penales de cada Estado sigue la lógica de la Convención de Viena de 1988, pues este es el instrumento donde se origina la idea de la tipificación del delito de lavado de activos, de allí que sea la mayor influencia al momento de determinar esta figura típica en la norma penal.

En este sentido, el autor Alfonso Zambrano Pasquel señala que la primera conducta penal por la que se materializa este delito es:

La conversión o la transferencia de activos a sabiendas de que tales activos proceden de cualquier delito como nos referimos reiteradamente en estos comentarios, o de un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de su producto, o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (Zambrano, 2019, pág. 126).

Conforme a lo señalado por el autor, se comprende como los dos principales verbos rectores del delito de lavado de activos el convertir o transferir activos, pero además de realizar estas acciones, el sujeto activo de la infracción penal deberá tener conocimiento acerca de que los mismos no tienen un origen lícito, sino que han sido producto del cometimiento de otro delito, o producto de cualquier forma de participación en dicha actividad delictiva, siendo por lo tanto la intención de la persona la de esconder o encubrir la verdadera fuente de ese capital.

Ya dentro de lo referido por el autor también se comprende como otro de los verbos rectores a través de los cuales se configura el delito es mediante el ocultar y encubrir, pues cuando la persona tiene conocimiento del verdadero origen de los fondos, las acciones realizadas estarán encaminadas a tratar de evitar que no se conozca el ilícito origen de estos activos, de modo que estas acciones también serán punibles.

Estas acciones se las puede encontrar tipificadas dentro del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal en sus dos primeros numerales en los cuales se dispone que:

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 (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Otra de las acciones que son consideradas como verbos rectores para que se configure el delito de lavado de activos implican el adquirir, poseer y utilizar, bienes que al momento en el cual hayan sido recibidos, se sepa que son procedentes del cometiendo de algún ilícito penal que se encuentre tipificado y sancionado como un delito, o asimismo, de un acto de participación en tales delitos.

En este sentido, cabe destacar que el elemento de conocimiento es reiterativo en estos tres primeros grupos de conductas, de modo que se constituye en un elemento indispensable para que se configure el delito de lavado de activos, de modo que la persona, para que sea considerada como autor o cómplice del delito de lavado de activos deberá tener un conocimiento real acerca del origen ilícito de los activos.

Otra de las conductas que también están consideradas como verbos rectores del delito de lavado de activos se encuentra dentro del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en donde el delito de lavado de activos tiene multiplicidad de verbos rectores que van más allá de la transferencia, ocultamiento o disimulo del origen de estos activos, sino que además se sanciona a quien

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 (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En la normativa penal ecuatoriana se considera además verbos rectores a la prestación de nombre o empresas con la finalidad de que se realicen las demás acciones tendientes a que se produzca el lavado de activos, pero además a quienes organicen, asesore, financien o de alguna forma participen en el cometimiento de este delito; y en general, a

quienes realicen operaciones económicas que busquen dar licitud a estos fondos, cuando tengan conocimiento de que los fondos no sean lícitos.

2.2.2 Lavado de activos en el derecho penal del enemigo

Desde el punto de vista histórico, el derecho penal del enemigo ha sido atribuido al autor Günther Jakobs en el año de 1985; sin embargo, el mismo tiene un origen mucho más antiguo, pues autores como Rousseau y Fichte ya lo trataron con anterioridad, pero es precisamente Jakobs quien lo divulga, para hacer referencia a las conductas que sancionaban dentro del Código Penal Alemán, que de cierto modo, no afectaban a un determinado bien jurídico, sino que sancionaba al autor por el hecho de considerarlo peligroso para la sociedad (Saritama, 2015).

Contemporáneamente, el autor Manuel Canció señala que la reintroducción del Derecho Penal del Enemigo se da a partir de los acontecimientos de 11 de septiembre del 2001, en donde los postulados de la política criminal a nivel internacional se modifican, permitiendo con ello la aplicación de este postulado, de modo que lo que se produce es una expansión del Derecho Penal que ha incorporado nuevas formas de criminalidad en los cuerpos penales de todo el mundo y también en los instrumentos internacionales en materia penal, siendo sus características más importantes el derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo (Jakobs & Canció, 2003).

En lo que se refiere a la expansión del derecho penal, el autor Alfonso Zambrano Pasquel señala que:

La expansión no se limita a incrementar los tipos penales de la parte especial para amplificar el radio de aprehensión del Código Penal, sino que se completa incrementando las escalas punitivas, con lo cual se destruyen los movimientos de reformas en la línea de un Derecho penal mínimo (Zambrano, 2019, pág. 150).

De acuerdo con lo explicado se comprende que el fenómeno de la expansión del derecho penal no solamente implica el hecho de que en la actualidad se hayan creado una serie de nuevos tipos penales, sino que también existe una reconfiguración de las escalas punitivas, lo que implica que se sancionan conductas, que objetivamente, quizás ni

siquiera afectan a un determinado bien jurídico, en razón de que lo que se sanciona en sí mismo es la peligrosidad de que se cometa la acción, lo que de cierta manera va en contra de importantes principios jurídicos, como el principio de mínima intervención penal que está reconocido dentro de la legislación penal ecuatoriana, lo cual resultaría riesgoso.

El mismo autor Alfonso Zambrano Pasquel, resumiendo las ideas de autor Günther Jakobs, explica que el derecho penal del enemigo implica la existencia de tres características principales que son las siguientes:

- a) Hay un adelantamiento de la pena a estadios previos a la comisión del delito, que ni siquiera están en el plano de la tentativa sino de los actos preparatorios, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva porque toma como punto de referencia un hecho futuro, en lugar de ser retrospectiva que es lo normal, es decir referida a un hecho pasado o cometido.
- b) Las penas son desproporcionadamente altas en esos estadios previos.
- c) Las garantías procesales son recortadas y hasta suprimidas (Zambrano, 2019, pág. 150).

La primera característica señalada por el autor, es quizá la más relevante en cuanto al derecho penal del enemigo, y es en la que coinciden un gran número de autores, al considerar que lo que se produce sin duda es el adelantamiento de la aplicación de la pena en situaciones, que se podrían considerar como previos a la comisión de delitos, ya que ni siquiera pueden llegar a existir propiamente actos preparatorios que podrían entrar dentro del grado de tentativa.

Por lo tanto, en este caso lo que se sanciona son las situaciones de peligro, de allí que también se suele denominar a este conjunto de delitos como de peligro, puesto que en este caso lo que se sanciona es la peligrosidad de la situación que podría producirse a futuro, de modo que se aplican penas sobre situaciones como la mera organización para la realización de un delito, como en los casos de la delincuencia organizada, la asociación ilícita, el terrorismo e inclusive el mismo lavado de activos.

Lógicamente, que la sola sanción de actos que ni tan siquiera pueden considerarse preparatorios, tiene una afectación importante en las garantías procesales

constitucionales, que en estos casos se ve disminuida importantemente o sino eliminada, además de que también existe una desproporcionalidad en la aplicación de la pena, que resulta extremadamente alta si se considera la poca magnitud de las situaciones que son punibles penalmente, que únicamente se justifican, según se señala en la doctrina, en el peligro de afectación futura de bienes jurídicos.

Todas estas situaciones se producen con las denominadas “leyes de lucha, o de combate” contra determinadas actividades ilícitas, entre las que también se encuentra el lavado de activos, pues si se observa los verbos rectores antes analizados, se concluirá que en muchos casos se sancionan situaciones de potencial riesgo o de afectación futura, con el objeto de lograr una protección de bienes jurídicos que se consideran importantes, que de acuerdo con la ubicación del Código Orgánico Integral Penal, sería la estabilidad económica del Estado.

En contraste con ello, se encuentra la postura del autor Jesús María Silva Sánchez, quien expone la teoría del expansionismo del derecho penal a lo largo de su obra, quien precisamente, en 1999 publica su obra: “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales”, en la cual se centra en debatir respecto de la intervención del derecho penal, estableciendo una postura directamente contradictoria con la teoría del derecho penal mínimo, al plantear la maximización del derecho penal, existiendo una tensión entre dos aspectos: por un lado, la posición que se maneja desde la doctrina, y por el otro, la realidad jurídico penal.

De acuerdo con lo explicado por el autor, la expansión del derecho penal debe considerarse cómo una tendencia general que implica la creación de nuevos “bienes jurídico penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía” (Silva, 1999, págs. 17, 18), misma que se justifica en base a varios aspectos, principalmente a la una constante demanda social de mayor protección que se ha creado a partir del nuevo modelo social mundial configurado en los últimos años.

Respecto a ello, uno de los factores o causas que ha provocado el expansionismo es el riesgo, que ha aumentado en las sociedades modernas:

El punto de partida es el “riesgo” en las sociedades modernas, el “riesgo” de procedencia humana y como resultado de los avances tecnológicos, lo que hace que el grado de interrelación entre los sujetos bajo estas condiciones aumente las posibilidades de producción de riesgos y consecuencias lesivas. Dentro de este contexto, la delincuencia intencional y las formas tradicionales de criminalidad serían superadas cuantitativamente por la criminalidad organizada y la delincuencia no intencional. Ésta última sería aquella que procede de fallos técnicos, en los que existen acciones de control de riesgos, donde se aumenta la cadena de funciones y de su delegación y que, por consecuencia, se va perdiendo el dominio real del curso de los acontecimientos. Esto aumentaría los riesgos, los cuales podrían incidir en la generación de delitos de comisión por omisión (Carrasco, 2016, pág. 3).

En esta explicación, se comprende como un factor determinante para el expansionismo del derecho penal ha sido el mayor riesgo que enfrentan las sociedades modernas, que se deriva de varios aspectos sociales y económicos, como la globalización, los avances tecnológicos y la mayor interacción entre los individuos, lo que ha implicado la superación de las tradicionales formas de delincuencia y la configuración del crimen organizado, que genera un mayor riesgo para la sociedad, con lo cual, se justifica el expansionismo del derecho penal, a fin de realizar una protección efectiva frente a estos nuevos riesgos.

2.2.3 Inconstitucionalidad del procesamiento del lavado de activos contra el abogado defensor

Un hecho que debe analizarse es si cabe la sanción penal en contra del abogado defensor en el caso de que haya realizado la defensa de procesados por el delito de lavado de activos, y producto de ello, haya recibido una remuneración por parte de los mismos con fondos provenientes de actividades ilícitas, en cuyo caso, de cierta manera se estaría cumpliendo con la conducta típica previstas dentro del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal en su primer numeral que dispone la sanción de cualquier persona que “se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En este sentido debe afirmarse que, si bien es cierto, de alguna forma se está cumpliendo con lo determinado dentro de la normativa penal ecuatoriana, en este caso existen una variedad de circunstancias que confluyen, que impedirían que se pueda sancionar al profesional del derecho en este caso, pues esto colisionaría con varios derechos y principios constitucionales que no pueden ser vulnerados, más aun si se toma en consideración el paradigma constitucional imperante que es protector de los derechos de todas las personas, entre los que se encuentra el debido proceso con toda sus garantías, incluido el derecho a la defensa, así como el derecho al trabajo que también esta tutelado en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales como la OIT.

Precisamente, este argumento es planteado por el autor Alfonso Zambrano Pasquel, quien respecto del tema precisa:

Un argumento que planteamos para sostener que es inconstitucional un pretendido procesamiento penal por el delito de lavado de activos en contra del abogado defensor, es el que tiene que ver con el respeto al principio de la inviolabilidad de la defensa que entre las garantías del derecho al debido proceso es el de mayor rango constitucional, pues está previsto en el artículo 75 como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, al igual que en el artículo 76, n. 7. Letras a. b. y siguientes, así como en el artículo 8.2 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos (Zambrano, 2019, pág. 202).

En la opinión presentada por el autor se comprende como de producirse el procesamiento de un abogado defensor implicaría una franca afectación no solamente del derecho al debido proceso, sino también del derecho a la tutela judicial efectiva, ambos derechos reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador y también por los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que toda persona tiene el derecho humano a una defensa técnica que deberá ser ejercida por un profesional del derecho.

En este sentido, el autor Víctor Moreno, explica un primer alcance de este importante derecho en los siguientes términos:

El derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo (Moreno, 2010, pág. 17).

A tal punto es importante el derecho a la defensa, que desde el punto de vista de la doctrina se lo ha considerado como la condición más importante e indispensable para que se pueda garantizar el derecho al debido proceso, pues en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos se lo concibe como un requisito indispensable para la garantía de dicho derecho. Ya en cuanto a su contenido, el autor Oscar Cruz Barney explica que:

Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (Cruz, 2015, pág. 3).

La importancia de este derecho adquiere un mayor protagonismo en el paradigma del Estado constitucional de derechos, cuya función misma es la protección y garantía de todos los derechos fundamentales de la persona, no pudiendo ninguna actuación de las autoridades estatales restringir ninguno de los derechos, pues los mismos son inherentes a la persona y por lo tanto su materialización tiene una mayor jerarquía.

De consiguiente, toda actuación tendiente a sancionar a un abogado defensor que haya patrocinado a un procesado por el delito de lavado de activos, sería contrario al derecho a la defensa de las personas y la tutela efectiva, y por lo tanto, no podría efectuarse, a riesgo de que esta actuación sea declarada ineficaz por contrario derechos y principios constitucionales a través de las garantías constitucionales dispuestas para la protección de los derechos de las personas ante una posible afectación

2.2.4 El lavado de activos y defraudación tributaria

Desde el punto de vista de la doctrina existe un arduo debate en cuanto a si los delitos de defraudación tributaria pueden ser considerados como “dinero sucio”, que una vez

realizado otra transacción comercial, cualquiera que fuere, pueden considerarse en dinero limpio y por lo tanto se configure el delito de lavado de activos.

En este sentido, puede afirmarse que cuando una persona defrauda tributariamente al Estado, mediante cualquiera de los tipos penales que se han previsto dentro del ordenamiento jurídico del Estado, esta de cierto modo obteniendo una renta ilegal de ese dinero que no se contribuye conforme se dispone dentro de la normativa; y por lo tanto, el mismo se constituye en un dinero sucio, o mejor, dinero proveniente de actividades o caudales ilícitos, como es requisito indispensable para la configuración del delito de lavado de activos, cuando este dinero ingrese por otra actividad realizada por el contribuyente evasor con la finalidad de que se constituya en dinero limpio.

En cuanto a la posición doctrinaria, existen tanto defensores como detractores en cuanto la conexión de estos delitos, aunque la mayor parte señala que el tema se vuelve complicado poder expresar una opinión definitiva. El autor Alfonso Zambrano Pasquel, siguiendo las ideas del profesor Mario Sancinetti, explica:

Un argumento distinto en contra de ello –que se podría emplear, pero que sería equivocado, consistiría en decir que no es lo mismo que un dinero se tenga por no haber cumplido con la obligación de tributar, que decir que ese dinero, por eso solo, “es proveniente de esa acción”, dado que su origen en cabeza del contribuyente es la actividad lícita anterior que habría motivado el tributo y que, por ende, no se origina en la defraudación (Zambrano, 2019, pág. 231).

De acuerdo con lo explicado con el autor, una postura que se utiliza para defender la idea de que la defraudación tributaria no puede ser considerada como un delito conexo del lavado de activos está en que el origen de los fondos no proviene propiamente de una actividad ilícita, sino de una actividad comercial, mercantil o de otro tipo de carácter lícito, de modo que no cumple un requisito esencial para que exista el lavado de activos.

Sin embargo, el autor señala que este argumento podría ser equivocado en razón de que si bien es cierto este dinero puede provenir de una actividad lícita, el mismo se vuelve ilícito, cuando no es entregado al fisco, sino que es evadido, de modo que se transforma

en dinero sucio que sería motivo de lavado de activos y se podría incurrir en otro delito que es el enriquecimiento privado y que se debería agregar como delito conexo

Desde el punto de vista legal, lo cierto es que la normativa no limita el origen del dinero ilícito a un determinado conjunto de delitos, de modo que teóricamente, siempre que exista una ilicitud de los fondos y se los pretenda blanquear, existirá el delito de lavado de activos, y por lo tanto se los podrá juzgar y sancionar, opinión con la que coincide Alfonso Zambrano Pasquel, quien considera que “la evasión tributaria- puede llegar a cometer posteriormente el delito de lavado de activos” si se cumple con una serie de requisitos, como que sea el mismo defraudador de tributos o contrabandista el que va a blanquear este dinero ilícito, o cuando por ejemplo exista una organización criminal este dedicada intencionalmente a las dos actividades.

2.3 Delito de Lavado de Activos y principio de favorabilidad

2.3.1 Definición de principio de favorabilidad

Doctrinariamente se señala que el principio de favorabilidad está relacionado ampliamente con otros principios del derecho penal, sobre todo con el principio de legalidad, razón por la cual, algunas de las definiciones del principio de favorabilidad parten de este postulado, entre ellas, la aportada por los autores Ernesto Pazmiño, Jorge Paladines y Marlo Brito, quienes explican lo siguiente:

El principio de favorabilidad o de ley posterior más benigna deviene del centenario y más emblemático principio del Derecho penal: “*nullum crimen nulla pena sine praevia lege*” (no hay crimen ni pena sin ley previa) creado por Paul Johann Anselm von Feuerbach en 1813. Generalmente, con este principio comienzan los primeros artículos de todos los códigos penales del mundo para rezar políticamente el principio de legalidad y, con ello, evitar las arbitrariedades del estado. El principio de favorabilidad o de ley posterior más benigna deviene entonces del principio de legalidad, toda vez que infiere dos tipos de hermenéuticas: a) Por inclusión: que se necesita de una ley para que una acción sea reconocida como delito; y, b) Por exclusión: que si una nueva ley modifica o extingue la

acción y la pena, todo lo que deje de tipificarse como supuestos de hecho y penas deja simplemente de ser punible (Pazmiño, Paladines, & Brito, 2014, pág. 12).

De acuerdo con este criterio doctrinario, se comprende como el principio de favorabilidad se origina precisamente como una consecuencia de principio de legalidad, en el sentido de que se requiere siempre de la existencia de una ley penal que tipifique una conducta como delito y le imponga una sanción, para que una persona que incurra en la misma pueda ser sancionada; y ante la ausencia de esta, resulta imposible que se pueda sancionar a una persona, pues esto constituiría una arbitrariedad por parte del Estado.

Es así que, en los casos en los cuales existe la confrontación entre dos normas penales que sancionan de distinta manera la misma conducta, se debe aplicar la pena más favorable al infractor, es decir la pena más benigna; mientras que en los casos en los cuales la nueva norma haya extinguido la pena y el delito, se deberá favorecer al infractor con su libertad inmediata, puesto que la conducta que cometió dejó de ser punible, y por lo tanto, ya no se consideraría como necesaria la aplicación de la sanción penal previamente impuesta, en razón de la existencia de una nueva ley penal más benigna.

En este mismo sentido, la autora Mónica Bravo apunta la siguiente definición del principio de favorabilidad:

El principio de favorabilidad, es dispuesto por el legislador en razón de que éste considera que, cierta conducta sancionada dejó de ser lesiva para la sociedad o por lo menos su impacto en determinado bien jurídico protegido es menos lesivo, por lo tanto, la sanción debe ser revisada. En tal virtud, el Estado como garante de los derechos de los ciudadanos, mediante una correcta tutela judicial efectiva y un irrestricto respeto al principio de la seguridad jurídica, tiene la obligación de, en todo caso que amerite, aplicar la norma que sea más favorable para el investigado, procesado o condenado en el proceso penal (Bravo, 2017, pág. 8)

Conforme a lo explicado por la autora, el principio de favorabilidad es aquel que opera frente al cambio de criterio que tiene el legislador acerca de una conducta que está catalogada como delito en un determinado Estado, de tal manera que cuando la misma deja de ser considerada como peligrosa, y por lo tanto, es eliminada de la ley penal; o

cuando, se considera que la misma debe seguir siendo un delito, pero no obstante, se requiere de un cambio en la forma de sancionarse, por considerarse que ha disminuido su peligrosidad, la pena que ha sido impuesta a los infractores de este delito también requiere de una revisión.

Por lo tanto, frente al cambio de postura por parte del legislador, se requiere también de una modificación de la pena, de modo que se le debe imponer la pena que resulte más favorable y menos lesiva en la restricción de los derechos de libertad del infractor, ya sea que el mismo tenga una sentencia ejecutoriada en su contra o que aún se encuentre en proceso de investigación.

En la perspectiva presentada por la autora, se comprende como también el principio de favorabilidad tiene relación con otros principios y también derechos, sobre todo con el debido proceso, en el derecho a la seguridad jurídica, que implica la existencia de normas claras, previas y aplicadas por autoridad competente.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha apuntado el siguiente criterio respecto al principio de favorabilidad

El principio de favorabilidad supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. La aplicación preferente de la norma favorable no significa la inconstitucionalidad de la desfavorable dejada de aplicar. El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (Sentencia C-371.11, 2015, pág. 11).

De acuerdo con lo determinado dentro de esta sentencia de la jurisprudencia colombiana se comprende como el principio de favorabilidad surge del contenido constitucional, con la finalidad de permitir la aplicación de un beneficio a un infractor, cuando se presente el caso de la existencia de dos leyes que sancionen de distinta manera un mismo delito, para lo cual, el juez debe convertirse en un verdadero intérprete de la norma más benigna a fin de poder aplicarla de manera efectiva.

2.3.2 El principio de favorabilidad en la legislación ecuatoriana

En lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, el principio de favorabilidad surge de dos disposiciones, la primera contenida dentro de la misma Constitución de la República del Ecuador y la otra contemplada dentro del Código Orgánico Integral Penal; esto sin perjuicio de la normativa contenida en los instrumentos internacionales de derechos humanos que son vinculantes para el Estado ecuatoriano y configuran el denominado bloque de constitucionalidad.

En lo que se refiere a la Constitución de la República artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (Constitución de la República del Ecuador , 2008).

Conforme a lo dispuesto dentro de la norma suprema, se comprende como el principio de favorabilidad constituye una parte indispensable del debido proceso, de allí la obligatoriedad que existe en la aplicación de este importante principio en materia penal, lo que implica que el juzgador en materia penal, está en la obligación de imponer la pena más favorable, cuando existan dos sanciones diferentes para un mismo tipo penal.

Asimismo, dentro denominado bloque de constitucionalidad sobre salen dos instrumentos internacionales que contienen al principio de favorabilidad, siendo el primero de ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dentro de su artículo 15 prescribe que:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad

a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

Dentro de este instrumento internacional se ha dispuesto la relación clara que existe entre el principio de legalidad y el principio de favorabilidad, pues en primer lugar se menciona la obligación de que el Estado pueda sancionar únicamente a aquellas conductas punibles que se hayan tipificado dentro de la ley penal, así como también la obligación de que ante la promulgación de una nueva ley penal que sea más benigna, aun con posterioridad al cometimiento del delito, será un deber de las autoridades estatales, beneficiar al infractor con la imposición de la pena menos grave.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, dentro de su artículo 9, contempla al principio de favorabilidad, que nuevamente está relacionado con el principio de legalidad:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

La disposición contenida dentro de este instrumento internacional, contempla al principio de favorabilidad y al de legalidad en idéntico sentido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estableciendo la obligación del Estado por aplicar la pena más favorable al infractor, ante una promulgación de una norma con pena más benigna sobre el mismo tipo penal.

Ya en lo que se refiere a la normativa nacional, el COIP dispone a este principio dentro de su artículo 5 que se refiere a los principios procesales en materia penal, siendo los dos primeros justamente los de legalidad y favorabilidad:

Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho.

Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. 2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De acuerdo con lo prescrito en la norma penal, el principio de favorabilidad implica que en los casos de confrontación de normas sobre un mismo tipo penal, siempre se deberá privilegiar la aplicación de la norma más beneficiosa al infractor, aun cuando ésta se haya promulgado con posterioridad al cometimiento de la infracción penal.

2.3.4 El principio de irretroactividad en materia penal y su relación con el principio de legalidad

Uno de los principios más importantes del derecho en sentido general y que se aplica de manera universal es que la ley rige para el futuro y que no tiene ninguna clase de efectos retroactivos, de modo que esto se aplica en la mayor parte de ámbitos, mientras que en solo en una determinada cantidad de casos se aplican algunas excepciones que deberán estar establecidas de manera expresa dentro de las normas.

Ya en lo que se refiere a materia penal, el principio de irretroactividad de la ley siempre ha estado relacionado con el principio de legalidad, que es uno de los límites más importantes del Estado de derecho, conforme señala la autora María Piqué:

El principio de legalidad es uno de los límites más tajantes al poder punitivo del Estado. *Nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. No hay pena, no hay crimen, sin una ley penal previa. Este aforismo sintetiza el significado del principio de legalidad: el fundamento del castigo sólo puede ser una ley en sentido formal, sancionada según el procedimiento, la competencia y el contenido limitado que regula nuestra Constitución Nacional, que esté vigente al momento de la comisión del hecho y que prevea como delictiva la conducta reprochada (Piqué, 2009, pág. 167).

Este importante principio, previsto no solo dentro de la Constitución de la República y la normativa penal, sino también dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se constituye como uno de los límites más importantes del poder punitivo, exigiendo que toda conducta que se considere sancionable, deberá constar de manera expresa dentro de la normativa previa a poder sancionar a quien lo infrinja.

Desde esta perspectiva, el principio de legalidad siempre está relacionada con la teoría del delito y también con la culpabilidad, ya que una persona no podrá limitar su accionar sino frente a una norma en la cual se prohíba cierto accionar, de modo que la conozca y sepa de su existencia, de ahí la estrecha relación de la legalidad con la culpabilidad.

Otra de las relaciones que tiene el principio de legalidad se da con relación a la retroactividad, pues la legalidad tiene cuatro requisitos que deben cumplirse, como explica la misma María Piqué:

Es así que el principio de legalidad fija cuatro requisitos para considerar válida una ley penal, requisitos que, a su vez, implican una respectiva prohibición: que sea previa, escrita, formal y estricta. Como debe ser previa, es decir, sancionada con anterioridad al hecho juzgado, prohíbe la retroactividad en su aplicación. Como debe ser escrita, se prohíbe la aplicación analógica de la ley penal a casos que no están expresamente contemplados. Como debe ser formal, o sea, sancionada por el Poder Legislativo, se prohíbe el castigo por delitos considerados como tales por otro tipo de normas que no sean leyes. Como debe ser estricta, los tipos penales deben ser claros y precisos y se prohíbe la indeterminación. Sólo podrá hacerse excepciones a estas prohibiciones cuando éstas repercutan en favor del imputado (Piqué, 2009, pág. 167).

Según lo explicado, la legalidad tiene como requisito que toda norma sea previa, lo que consecuentemente entraña una prohibición para las autoridades del Estado de que se prohíba la retroactividad en la aplicación de las normas penales, pues todo delito debe ser sancionado posteriormente a su tipificación dentro de la normativa penal.

En este sentido, un aspecto que debe destacarse, es que existen diversas formas de irretroactividad de la ley penal, ya que, en criterio de José García Falconí, debe

diferenciarse entre la irretroactividad de ley penal sustantiva y la irretroactividad de la pena; y respecto a la primera señala lo siguiente:

Sobre la irretroactividad de la ley sustantiva, hay que manifestar, que la ley penal sustantiva es irretroactiva en principio; o sea tiene vigencia desde su formulación hasta su derogatoria, pero no obstante por vía de excepción se aplica irretroactivamente, en los casos en que la nueva ley es favorable a los intereses concretos del procesado involucrado en el proceso judicial; de tal modo que si la nueva ley incrimina un hecho que antes no era delito, se aplica el principio general de la irretroactividad de la ley (García, 2014, pág. s/p).

De acuerdo con la aplicación realizada por el autor, se comprende como el principio de irretroactividad opera de manera universal en el caso de las leyes sustantivas, ya que solamente estas normas penales solo pueden aplicarse desde su entrada en vigencia hasta que hayan sido derogadas por una ley posterior, de modo que solo ante una excepción legal se puede establecer la retroactividad de las normas, como si sucede en el aspecto de las penas o en el *Abolitio Criminis*, como se explicará seguidamente.

2.3.3 El principio de retroactividad en materia penal

En forma general dentro del campo jurídico, el autor José María Colloa apunta la siguiente definición del principio de retroactividad:

La retroactividad es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada (Colloa, 2016, pág. 11).

Conforme a lo explicado, el principio de retroactividad es aquel por medio del cual, se aplica un conjunto de normas que han sido recién promulgadas, a situaciones o hechos que se produjeron de manera previa a su vigencia, que estuvieron regladas bajo una normativa que en ese momento se encuentra derogada, se trata por lo tanto de una aplicación extemporánea y excepcional de una nueva norma; en este mismo sentido, el autor el autor José María Colloa explica que este principio tiene las siguiente consecuencias:

Tal y como señala Legaz y Lacambra, la retroactividad sería aquella cualidad de las leyes en cuya virtud estas someten a nuevo examen las condiciones de validez de un acto regulado por la legislación anterior, modificando o suprimiendo sus consecuencias jurídicas: se trataría pues, de una verdadera vuelta atrás de la ley, y como tal de un atentado a la seguridad jurídica, en la medida en que esta exige que las situaciones creadas al amparo de un ordenamiento jurídico cualquiera no se vean alteradas libremente por una norma surgida con posterioridad (Colloa, 2016, pág. 12).

Conforme a esta explicación, la retroactividad tiene como principal consecuencia, el permitir que se realice un nuevo examen a un acto que fue regulado por una normativa anterior, bajo la óptica de la nueva normativa que está vigente, con la finalidad de realizar alguna modificación o supresión de esta situación jurídica.

Asimismo, se puede destacar que las consecuencias más importantes implicarían que este principio permitiría un retroceso o vuelta atrás de la ley, una situación que se da de manera muy excepcional, ya que como es sabido, se podría pensar que esto tiene un impacto directo en el derecho a la seguridad jurídica que impera dentro de la Constitución y las leyes.

Precisamente, en lo que se refiere a una de esas excepciones en las cuales se aplica el principio de retroactividad, se produce en materia penal, concretamente en la retroactividad de la pena de los delitos, pero siempre que la misma fuere más favorable para la persona privada de la libertad. En este sentido, José García Falconí explica lo siguiente:

Sobre la irretroactividad de la pena, hay que considerar, que, si la nueva ley impone una sanción para un hecho que ha sido delito, se aplica la ultraactividad, pero si la ley nueva impone una sanción menor para un hecho que tanto en la ley antigua como en la nueva es delito, se aplica la nueva, y esto se conoce como el principio de favorabilidad (García, 2014, pág. s/p)

De esta manera, se produce lo que se conoce doctrinariamente como la retroactividad a favor del reo, y se da de manera exclusiva cuando existe una nueva sanción penal prevista para un delito, que fuere menor a la que imperaba antes, de modo que en este

caso existe la imperiosa necesidad de que se aplique la nueva normativa en un hecho que fue cometido durante de la vigencia de una ley anterior que se encuentra derogada.

El mismo García, señala que, en este caso, el principio de irretroactividad se ve limitado en cuanto a una excepción que se da debido a que la Constitución de la república, si bien es cierto no contempla de manera expresa la aplicación retroactiva de la ley, pero sí reconocen el principio de favorabilidad y el principio pro homine, y así explica:

Ni la Constitución española ni la nuestra mencionan expresamente esta posibilidad de aplicación retroactiva, en el Art. 76 No. 3, en el caso del Ecuador ni en el Código Orgánico Integral Penal, pero este aspecto legal hay que interpretarlo de manera integral de acuerdo a la Constitución que establece el principio pro homine, porque ese es el sentido de la presente garantía; cabe afirmar que la aplicación retroactiva de las leyes penales que benefician al reo, no lesionan el principio de legalidad, pues la Constitución tácitamente autoriza la retroactividad en el caso contrario, y ello responde a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico (García, 2014, pág. s/p).

2.3.5 Análisis comparativo del tipo penal de lavado de activos

Para que se pueda aplicar el principio de retroactividad de la ley penal, y por lo tanto, el principio de favorabilidad, el requisito indispensable es la existencia de dos normas penales que tipifiquen y sancionen un mismo delito, como precisamente ocurrió con el caso del delito de lavado de activos, que fue primero tipificado en la Ley de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos, publicada en el Registro Oficial 127 del 18 de Octubre del 2005 y posteriormente dentro del Código Orgánico Integral Penal.

En cuanto a la reforma que se produjo, desde el punto de vista de los elementos del delito, se puede afirmar que no existió ningún cambio sustancial dentro de la reforma producida, sino más bien, el Código Orgánico Integral Penal recogió la misma redacción de la figura típica del delito de lavado de activos contenido en la ley predecesora, limitándose los cambios a aspectos formales (por ejemplo, en lugar de señalarse: “en los delitos tipificados en esta Ley” se dispone en “los delitos tipificados en este artículo”).

De esta manera, tanto la tipicidad, como los elementos de la antijuridicidad y culpabilidad del delito de lavado de activos no sufrieron una modificación sustancial con la promulgación de la nueva normativa penal, sino que únicamente el cambio se produjo en cuanto a la aplicación de las penas, que en este delito se establecen de manera escalonada de acuerdo a la gravedad del acto que se cometa que incurra en este delito, considerando que el mismo admite varias acciones y verbos rectores.

De esta manera, la Ley de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos, sanciona la primera escala con prisión de uno a cinco años, la segunda con reclusión menor ordinaria de tres a seis años y la tercera con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años.

Por su parte el Código Orgánico Integral Penal sanciona la primera escala con pena privativa de libertad de uno a tres años, la segunda con pena privativa de libertad de cinco a siete años y la tercera con pena privativa de libertad de diez a trece años, de modo que, solamente en el primer caso es aplicable el principio de favorabilidad, ya que en este caso se reduce la pena de manera sustancial, y se aplica en los casos “cuando el monto de los activos objeto del delito sea inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

CAPITULO II

METODOLOGÍA

La presente investigación utilizará una metodología de trabajo de tipo cualitativa, en razón de que para su elaboración se utilizarán fuentes de carácter secundario, es decir, aquellas que provienen de importantes obras bibliográficas realizadas por otros autores que tienen amplios conocimientos sobre el tema de estudio y que tengan relación con el delito de lavado de activos y el principio de favorabilidad.

Como método de investigación se utilizará el analítico, en razón de que se pretende realizar un estudio crítico acerca del tema de investigación, procurando establecer de manera objetiva cuando se debe aplicar el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, para lo cual se requiere de una reflexión crítica, con base en el análisis de distintos autores conocedores de la temática de estudio.

La recolección de los datos se realiza a través de técnicas de carácter bibliográfico, principalmente de doctrina, normativa y jurisprudencia, así como de todos los datos recolectados directamente por el autor, que serán analizados de manera que permitan resolver las preguntas de investigación y cumplir con los objetivos de estudio.

2.1. Nivel de Investigación

La presente investigación se ha realizado bajo el nivel de investigación de carácter descriptivo, misma que es definida por el autor Mario Bunge de la siguiente forma:

Consiste, fundamentalmente, en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. El objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. Los investigadores no son meros tabuladores, sino que recogen los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin

de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento (Bunge, 2015, pág. 4).

Conforme a lo explicado, se puede establecer que la investigación descriptiva es aquella que se enfoca en investigar un fenómeno de estudio muy concreto, que en este caso se trata del delito de lavado de activos, a fin de implementar un análisis de carácter contextual, es decir, como el mismo se desenvuelve dentro de la realidad social, para lo cual, es necesario realizar un estudio detallado de cada una de sus características.

Con tal objeto, se ha recurrido en un primer momento, al estudio del delito de lavado de activos desde el punto de vista de la doctrina penal internacional y nacional, para lo cual se han abordado a los distintos autores que han realizado estudios acerca de la temática de investigación, pero además también se han abordado temáticas complementarias que permiten comprender el enfoque que se le quiere dar a la temática de estudio, como la delincuencia organizada, el derecho penal enemigo, la inconstitucionalidad del procesamiento del lavado de activos contra el abogado defensor y la defraudación tributaria.

Así también, como segundo aspecto importante en la investigación se ha procedido a realizar un análisis jurídico desde el punto de vista normativo, para lo cual fue necesario abordar las distintas leyes que regulan todos los aspectos relacionados con el delito de lavado de activos, de acuerdo con el orden normativo previsto dentro del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

En tal razón, se abordó los principios previstos en la Constitución de la República del Ecuador; los tratados y convenios internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, o Convención de Viena, la Convención Europea sobre Blanqueado, Rastreo, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen, la Normativa de la Unión Europea, Directiva 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de activos y el Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado de dinero; así como la normativa secundaria nacional, que comprende el Código Orgánico Integral Penal y la Ley para Reprimir el Lavado de activos, misma que pese a ser derogada

parcialmente, sigue siendo utilizada en los procesos por el delito de lavados de activos que se cometieron con anterioridad a la promulgación del COIP.

Finalmente, a fin de que la investigación aborde de manera integral todos los enfoques y criterios acerca del problema de estudio, lo que se plantea realizar es una investigación de campo en la cual se aplique una entrevista estructurada a profundidad a personas con conocimientos dentro del campo del derecho penal, quienes podrían ayudar a dilucidar algunas de las interrogantes de las cuales ha partido esta investigación.

2.2. Métodos de Investigación

Para el desarrollo de la presente investigación se consideró necesario la aplicación de dos métodos que son los siguientes:

Método Analítico. - De acuerdo con la apreciación del autor César Bernal: “Este método es un proceso cognoscitivo, que consiste en descomponer un objeto de estudio separando cada una de las partes del todo para estudiarlas de forma individual” (Bernal, 2006, pág. 56). Según lo explicado por el autor, este método se utiliza con el objeto de poder descomponer el objeto de la investigación a fin de realizar un estudio detallado de cada uno de sus componentes.

Precisamente, este método de la investigación fue utilizado dentro del estudio bibliográfico del marco teórico, en donde se abordaron cada uno de los componentes de la investigación, es decir, al delito de lavado de activos se lo estudio de manera detallada, centrándose en el análisis de cada uno de sus componentes, empezando por su definición, origen, alcances, características, etapas, factores que lo han potencializado y elementos.

Método Descriptivo.- El autor John Best define a este método de la investigación científica de la siguiente forma:

Es aquel que se orienta hacia el presente y actúa en los niveles de investigación aplicada y activa, intenta una investigación sistemática, estudiando la realidad tal y como se desarrolla. Describe y analiza, registra e interpreta las condiciones que se dan en una

situación y momento determinado. Generalmente se suelen contrastar situaciones o hechos, pretendiendo encontrar relaciones causa-efecto entre variables existentes, aunque no manipuladas (Best, 2000, pág. 85).

Según lo explicado, este método de la investigación científica es aquel que busca realizar una descripción del fenómeno de estudio, de tal manera que el mismo puede ser abordado desde su aplicación en la realidad, para lo cual es indispensable que registren cada una de las condiciones y situaciones de cómo se presenta en fenómeno dentro de la sociedad.

Siendo un método de investigación mucho más práctico, el mismo deberá ser aplicado dentro de la etapa de investigación de campo que se plantea en la investigación, de tal modo que lo que se busca es que dentro de la entrevista se desarrolle un enfoque práctico acerca del fenómeno de investigación, para de esta manera poder contrastarlo con la investigación teórica que se ha desarrollado de manera previa.

2.3. Población y muestra

En cuanto a la población y a la muestra de estudio que será tomada en cuenta dentro de la presente investigación, debido a su carácter predominantemente bibliográfico, se ha considerado necesario tomar una muestra no probabilística de tipo intencional, ya que se aplicará una entrevista estructurada a profundidad a diez personas que sean conocedoras de la materia penal, que tengan conocimientos o experiencia ya sea en delitos de crimen organizado de manera general o en delitos de lavados de activos de forma particular.

2.4. Técnicas e instrumentos de Investigación

En la presente investigación se aplicaron dos técnicas y dos instrumentos distintos, de acuerdo a cada uno de los tipos de investigación que se han explicado anteriormente, así en lo que tiene que ver con el tipo de investigación bibliográfica, la técnica que se empleó fue la de análisis documental, que es explicada por la autora Anna Fernández de la siguiente manera: “Es una técnica de la investigación científica utilizada para la recolección de información de tipo bibliográfica que consiste en ir recolectando

información importante relacionada con el tema de investigación obtenida en los diversos medios (Fernández, 2012, pág. 20). Con esta técnica, se analizó el contenido de los libros, la normativa jurídica y los instrumentos internacionales anteriormente referidos.

Asimismo, en lo que se refiere a la investigación de campo, se utilizará la técnica de la entrevista a profundidad, la cual es conceptualizada por los autores Buendía, Colás y Hernández en los siguientes términos:

La entrevista es una técnica que consiste en recoger información mediante un proceso directo de comunicación entre entrevistador(es) y entrevistado(s), en el cual el entrevistado responde a cuestiones, previamente diseñadas en función de las dimensiones que se pretenden estudiar, planteadas por el entrevistador (Buendía, Colás, & Hernández, 2005, pág. 123).

En las entrevistas realizadas, se recogerá la información de manera directa de la fuente de la información, por lo que se procurará que la misma aborde los problemas más relevantes para la investigación, principalmente en lo que se refiere al delito de lavados de activos y el principio de favorabilidad.

Los instrumentos utilizados serán: con la técnica de análisis documental, se emplearon fichas bibliográficas de resumen, en las cuales se hizo constar la información más relevante de la temática de estudio, y que sirvieron para poder estructurar el marco teórico de la investigación de la manera más adecuada.

También será utilizado el instrumento de cuestionario para la entrevista profundidad que se realizará, la cual es definida por el César Bernal en los siguientes términos:

El cuestionario es un conjunto de preguntas diseñadas para generar los datos necesarios, con el propósito de alcanzar los objetivos del proyecto de investigación. Se trata de un plan formal para recabar información de la unidad de análisis objeto de estudio y centro del problema de investigación (Bernal, 2010, pág. 250).

Con el objeto de que la entrevista sea realizada de la mejor manera, es necesario la elaboración de un cuestionario estructurado con cinco preguntas relacionadas con el tema de investigación, enfocadas concretamente a tratar de despejar las dudas sobre

las cuales se inició la investigación. Se considera que este es el número adecuado de preguntas de investigación en razón del análisis e interpretación que se les debe dar posteriormente.

2.5. Procedimiento para el análisis de resultados

En lo que se refiere al procesamiento de la información para el análisis de los resultados, el autor César Bernal afirma lo siguiente:

Esta parte del proceso de investigación consiste en procesar los datos (dispersos, desordenados, individuales) obtenidos de la población objeto de estudio durante el trabajo de campo, y tiene como finalidad generar resultados (datos agrupados y ordenados), a partir de los cuales se realizará el análisis según los objetivos y las hipótesis o preguntas de la investigación realizada, o de ambos (Bernal, 2010, pág. 198).

Como bien señala el autor, el procedimiento para el análisis de resultados consiste en la interpretación que el investigador realiza sobre los diversos datos que han sido recopilados para la investigación, y como los mismos pueden ayudar para la resolución del problema de investigación y la construcción de la propuesta.

Dentro de la investigación se realizarán dos tipos de procesamientos de datos, el primero es la interpretación bibliográfica y hermenéutica que ya se elaboró en la parte del marco teórico; y el segundo está enfocado en la interpretación de las entrevistas que se aplicarán a los expertos en la temática de estudio.

2.6. Definición de categorías emergentes

2.6.1 Delito de lavado de activos

Como ya se analizado con anterioridad, el delito de lavado de activos constituye un acto cuya finalidad es el simular el origen real de un conjunto de capitales, cuya procedencia ha provenido de fuentes u operaciones de carácter ilícito, para hacerlos ver como que los mismos han provenido de una fuente lícita; de tal modo que el objeto mismo del delito es la introducción de los capitales ilícitos dentro de la economía lícita de un Estado, una vez que se les ha otorgado una apariencia de legalidad de su procedencia, para que así

el o los delincuentes, puedan disfrutar de este patrimonio sin que las autoridades de control hayan logrado establecer la ilicitud de dichos capitales.

2.6.2 Principio de favorabilidad

Asimismo, en lo que se refiere al principio de favorabilidad, el mismo debe ser comprendido como aquel que opera frente al cambio de criterio que tiene el legislador acerca de una conducta que está catalogada como delito en un determinado Estado, de tal manera que cuando la misma deja de ser considerada como peligrosa, y por lo tanto, es eliminada de la ley penal, o cuando se considera que la misma debe seguir siendo un delito pero requiere de una modificación en la pena, esta también debe disminuirse a los infractores que hayan sido sentenciados por el cometimiento de dicho delito, de modo que se le debe imponer la pena que resulte más favorable y menos lesiva en la restricción de los derechos de libertad del infractor, ya sea que el mismo tenga una sentencia ejecutoriada en su contra o que aún se encuentre en proceso de investigación.

2.9. Categorización de objetivos

Tabla 1 – Categorización de los Objetivos

Variable Independiente	Dimensión	Indicadores	Preguntas Ítems	Técnica / Instrumento
Delito de lavado de activos Constituye un acto cuya finalidad es el simular el origen real de un conjunto de capitales, cuya procedencia ha provenido de fuentes u operaciones de carácter ilícito, para hacerlos ver como que los mismos han provenido de una fuente lícita; de tal modo que el objeto mismo del delito es la introducción de los capitales ilícitos dentro de la economía lícita de un Estado, una vez que se les	Normativa jurídica penal	Definición del delito de lavado de activos	¿Qué es el delito de lavado de activos?	Entrevista/ Cuestionario
	Doctrina penal	Bien jurídico afectado	¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?	Entrevista/ Cuestionario

<p>ha otorgado una apariencia de legalidad de su procedencia, para que así el o los delincuentes, puedan disfrutar de este patrimonio sin que las autoridades de control hayan logrado establecer la ilicitud de dichos capitales.</p>		<p>Configuración del delito de lavado de activos</p>	<p>¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?</p>	<p>Entrevista/ Cuestionario</p>
<p>Variable Dependiente</p>	<p>Dimensión</p>	<p>Indicadores</p>	<p>Preguntas Ítems</p>	<p>Técnica / Instrumento</p>
<p>Principio de favorabilidad</p> <p>Es aquel que opera frente al cambio de criterio que tiene el legislador acerca de una conducta que está catalogada como delito en un determinado Estado, de tal manera que cuando la misma deja de ser considerada como peligrosa, y por lo tanto, es</p>	<p>Normativa Constitucional</p>	<p>Derecho humano al ambiente sano</p>	<p>¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?</p>	<p>Entrevista/ Cuestionario</p>

<p>eliminada de la ley penal, o cuando se considera que la misma debe seguir siendo un delito pero requiere de una modificación en la pena, esta también debe disminuirse a los infractores que hayan sido sentenciados por el cometimiento de dicho delito, de modo que se le debe imponer la pena que resulte más favorable y menos lesiva.</p>	<p>Derecho a la Salud</p>	<p>Nivel de afectación de la salud</p>	<p>¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?</p>	<p>Entrevista/ Cuestionario</p>
---	---------------------------	--	---	-------------------------------------

Elaborado por: María Belén Rosales Uribe

2.9.1. Análisis

2.9.1.1 Consentimiento informado de Resultados

A todos los entrevistados que participaron en el presente estudio se les solicitó de manera anticipada manifestar su conformidad para formar parte del mismo, siendo esta comunicación realizada por medio de correo electrónico; y asimismo, los entrevistados pudieran manifestar la recepción del consentimiento informado.

2.9.1.2 Primera Entrevista

Realizada a Báez (2020). Ex fiscal del cantón Mejía.

1. ¿Qué es el delito de lavado de activos?

De acuerdo con el entrevistado, el delito de lavado de activos se lo puede considerar como un conjunto de operaciones y métodos a través de los cuales se pretende realizar un ocultamiento del origen de diferentes formas de capitales, con la finalidad de que los mismos ingresen a la economía nacional legal de un Estado, se trata por lo tanto de un varias operaciones que pueden emplear mecanismos ilegales como legales para llegar a su objetivo final, estando este delito siempre relacionado con otras actividades delictivas conexas, como el crimen organizado y el narcotráfico principalmente.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

De acuerdo con el entrevistado, el lavado de activos es sin duda un delito de carácter económico, de allí que el bien jurídico que afecta el lavado de activos es la economía en si misma o las relaciones económicas, de modo que lo que se vulnera es el equilibrio que deben tener las mismas. En lo que se refiere a si es un delito de peligro, el entrevistado considera que si, pues en algunos casos se pueden llegar a sancionar etapas previas al cometimiento del delito, de modo que en este caso lo que se penaliza no es el cometimiento en sí mismo del delito, sino las etapas previas que permiten su materialización.

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

El entrevistado considera que en el caso del delito del lavado de activos, debe considerarse en primer lugar que se trata de un delito compuesto, es decir, que dentro de su estructura típica incluye un conjunto muy amplio de conductas punibles o verbos rectores, de tal manera que para poder establecer en qué momento se configura el delito es necesario atender a qué tipo de verbo rector es el que configura el delito de lavado de activos, de esta manera, si el delito se configura a través de la tenencia de activos ilícitos, la conducta se configura a partir de que la persona recibe el activo y tiene conocimiento de que estos activos tienen una finalidad ilícita; mientras que en los casos en los cuales se preste el nombre de la empresa, el delito se configura cuando se realiza la operación comercial o societaria que permite hacer uso de esa empresa para blanquear capitales.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

La Constitución de la República contempla al principio de favorabilidad como una parte del debido proceso, de modo que este principio se constituye como un derecho fundamental de las personas procesadas y también de las que hayan sido condenados por un delito que con posterioridad haya sido derogado de la normativa penal o cuya pena haya sido disminuida. Se trata por lo tanto de un principio mediante el cual, se busca aplicar la normativa más favorable o menos gravosa al procesado.

Debe señalarse que esta disposición de la norma suprema se encuentra relacionada con lo que se ha determinado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se contempla este derecho de los procesados y que también configura el bloque de constitucionalidad en la legislación ecuatoriana, según se dispone dentro de los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República.

En lo que se refiere al caso de la normativa penal ecuatoriana, el COIP incorporó este principio de favorabilidad dentro de los principios procesales penales dentro del artículo

5, conjuntamente con otros importantes principios del proceso penal, siendo su redacción muy similar a lo previsto dentro de la Constitución ecuatoriana.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

De acuerdo con lo determinado dentro de la normativa que surge tanto de la Constitución de la República como de los instrumentos internacionales de derechos humanos como ya había señalado, no se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, de allí que debe atenderse en este caso al momento en el cual se cometió la infracción, de modo que debe ser el tribunal de garantías penales el que determine el momento en el cual se cometió la infracción, con base a la información aportada por el agente fiscal, para poder establecer si es aplicable o no el principio de favorabilidad en cada caso.

2.9.1.3 Segunda Entrevista

Realizada a Correa (2020). Especialista en Derecho Penal.

1. ¿Qué es el delito de lavado de activos?

El entrevistado considera que el delito de lavado de activos constituye un conjunto de operaciones que recaen dentro del ámbito del comercio o de las finanzas y que tienen como finalidad la incorporación de capitales o activos dentro del Producto Nacional Bruto de un país, cuyo origen haya sido producto de cualquier operación delictiva como el narcotráfico u otras actividades del crimen organizado; ya sea que el ingreso sea de carácter transitorio o permanente, lo que siempre se busca es blanquear a estos capitales y demás activo, es decir, lo que se pretende es dar origen presuntamente lícito.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El entrevistado considera que se trata de un delito en el que se afecta el bien jurídico del orden económico de un Estado, y en este sentido debe recordarse que el mismo tiene una dimensión estricta y una dimensión amplia, en la primera se comprende que el orden

económico es la regulación jurídica del intervencionismo del Estado dentro de la economía de un país, mientras que en un sentido más restringido lo que se afecta es un bien jurídico patrimonial de carácter individual. En este caso, el delito de lavado de activos tiene una afectación en las dos dimensiones, pues al mismo tiempo perjudica al orden y relaciones económicas en sentido macro, al afectar al Estado en su conjunto, pero además también pone en peligro relaciones económicas más particulares, por ejemplo, la afectación que se produciría exclusivamente en el sistema financiero o a nivel empresarial. Además, señala que efectivamente se lo podría considerar como un delito de peligro.

3. ¿Siendo un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

El entrevistado señala que el legislador ha dispuesto la tipificación de una serie de conductas que constituyen parte del delito de lavado de activos, muchas de las cuales han derivado de las directrices de los organismos internacionales, de modo que cuando se cumpla con alguna de dichas conductas que se han tipificado, es cuando las instituciones de persecución del delito del Estado pueden realizar las acciones previstas dentro del marco de sus competencia e investigar, judicializar y sancionar el delito de lavado de activos, pues de lo contrario, se corre el riesgo de ir en contra del principio de legalidad, que exige no solo la tipificación de la conducta en la normativa punitiva del Estado de manera previa, sino que además dispone que dicha conducta tenga que ser cometida por el sujeto activo del delito, esto sin perjuicio de aquellos tipos penales en los que cabe la tentativa.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

El entrevistado señala que la Constitución de la República del Ecuador prevé el principio de favorabilidad dentro de su artículo 75, estableciendo que frente a contraposición o conflictos dentro de normas de la misma materia, que tengan dos formas distintas de sanción sobre un mismo delito, siempre se debe aplicar la pena que resultare menos gravosa para el infractor, de modo que aun cuando la promulgación de la norma con

pena más favorable sea posterior al cometimiento del delito, debe privilegiarse la aplicación de la pena más gravosa a la persona infractora.

El entrevistado además señala que esta disposición no es única de la Constitución de la República, sino que además consta dentro de otros instrumentos internacionales de derechos humanos que disponen en igual sentido el derecho que tienen las personas procesadas y sentenciadas por los delitos que fueron derogados o cuya pena se redujo, a que se les aplique la pena más favorable, disposición que ha recogido también el COIP como uno de sus principios procesales.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

Si se revisa el sentido de la normativa internacional, así como de la misma Constitución ecuatoriana se tiene que el principio de favorabilidad resulta absoluto, por lo que aun cuando de manera posterior a que se comete el delito, la ley dispone la derogación del delito o la imposición de una pena más leve, el sentenciado tendrá derecho a este beneficio.

2.9.1.4 Tercera Entrevista

Realizada a Rivadeneira (2020). Especialista en Derecho Penal.

1. ¿Qué es el delito de lavado de activos?

En la opinión del entrevistado, se trata de un delito compuesto y muy complejo que comprende una serie de verbos rectores, por lo que hay una multiplicidad de conductas delictivas, cuya única finalidad es la de disimular el origen ilícito de un patrimonio, ya sean capitales o cualquier otra forma de activo frente a las autoridades de un país, para lo cual se realizan una serie de acciones que pueden simular una aparente legalidad de los mismos, y una vez que ingresan en el sistema económico o financiero de un país y de alguna manera se vuelven lícitos, pasan a engrosar el patrimonio de los delincuentes y pueden ser utilizados sin que la autoridad estatal pueda considerar la ilicitud del patrimonio.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El entrevistado señala que en cuanto al bien jurídico afectado se debe tomar en cuenta en donde lo ubica el COIP; de modo que se trata de un delito económico, pero no obstante de ello, el mismo señala la complejidad que tienen estos delitos, pues señalar que la economía es el bien jurídico afectado por un delito resulta extremadamente amplio, por lo que desde la doctrina se ha señalado que el bien jurídico afectado es el equilibrio económicas, comprendido como la debida proporción y balance que debe existir dentro del ciclo económico y productivo, tanto entre todos sus actores como también con la regulación estatal.

Por otra parte, el entrevistado considera que, si bien es cierto, el bien jurídico afectado principalmente por el delito de lavado de activos es el equilibrio económico, también existe otro tipo de bienes que se podrían afectar de manera indirecta, como la seguridad nacional, pues cuando no se judicializa de manera adecuada las actividades de lavado de activos, lo que se produce sin duda es un fortalecimiento de las mafias del crimen organizado, cuyo poder operacional, armamentístico y económico crece de manera desmedida, pudiendo inclusive superar al estatal, de modo que en este caso se pone en riesgo la seguridad pública y la seguridad ciudadana.

3. ¿Siendo un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

El entrevistado considera que en efecto, el delito de lavado de activos se lo puede considerar como un delito de peligro, en razón de que el legislador ha dispuesto la sanción de una serie de conductas que son previas al cometimiento mismo del ilícito, donde lo que se sanciona es la peligrosidad de que estas acciones se puedan configurar, de modo que afirma que existe una complejidad muy gran desde el punto de vista doctrinario y jurídico de poder establecer en qué momento se ha producido el delito, ya que no bastaría tan solo con decir que cuando se ha cumplido con el hecho típico, sino que debido a la naturaleza jurídica del delito, también se requiere de un conocimiento acerca de la ilicitud del origen de los activos, por ejemplo, señala que en cuanto al primer

grupo de actividades que señala el artículo 317 del COIP, una persona que adquiera, transfiera, administre, transporte o se beneficie de un activo de origen ilícito, podría no conocer acerca del origen del mismo, y en este caso, el delito no se configura cuando la persona adquiere el activo, sino cuando tiene conocimiento de que el mismo no procede de un origen lícito, de modo que en este caso se evidencia la subjetividad que puede existir al momento de poder determinar cuando el delito ha sido cometido, esto sin mencionar siquiera la amplísima gama de verbos rectores que la norma señala y que igualmente implican una dificultad para poder perseguir este ilícito.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

El entrevistado considera que el principio de favorabilidad es un principio que es parte del derecho al debido proceso, y que se enmarca en línea con el paradigma neoconstitucional que se ha implementado con la vigencia de la Constitución ecuatoriana de 2008, y que supone un beneficio para los infractores de delitos, frente a un cambio de criterio del órgano legislativo en cuanto a una conducta punible, ya sea que la misma haya sido dejada de considerar como un delito o que simplemente su pena haya sido reducida de alguna manera.

Asimismo, el entrevistado considera que este principio está ampliamente relacionado con el principio de legalidad, pues este dispone que solamente ante la existencia actual de una ley penal que tipifica una conducta la misma puede ser sancionable, de modo que, lógicamente, resulta cuestionable que, si una conducta ya no es delito, se siga sancionando a una persona por el mismo, aun cuando su cometimiento haya sido anterior a que se derogue el delito.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

Según explica el entrevistado, en este caso debe atenderse a lo previsto dentro de la Constitución ecuatoriana y más claramente a lo previsto dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se determina que no se puede

imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, lo que significa que, como en el caso del delito de lavado de activos, sino una persona cometió este delito cuando estaba en vigencia la Ley de Lavado de activos que determina una pena menor por el cometimiento de esta infracción, la persona debe ser juzgada conforme a esta ley y no frente al COIP que entró en vigencia de manera posterior estableciendo una pena más grave.

Esto debe aplicarse aun cuando los efectos del delito de lavado de activos pudieren extenderse hasta la fecha de promulgación de la segunda norma, es decir, a la vigencia del COIP, de modo que lo que se debe atender es cuando se cometió el delito, para de esta manera establecer que norma es la aplicable. Lógicamente, en el caso del delito de lavado de activos, esto resulta mucho más difícil, en relación a la complejidad de la configuración del delito, pues por un lado se tiene que es un delito que se realiza a través de varias acciones, además de que tiene muchos verbos rectores y por último requiere de un elemento subjetivo de conocimiento, no solo de la antijuridicidad de la conducta, sino también conocimiento del origen de los fondos, de tal modo que deben analizarse en cada caso la circunstancias a fin de poder establecer cuando se cometió el delito, pero se diría que debe considerarse tanto el tiempo en el que se realiza la acción y el conocimiento acerca del origen de los activos, pues de lo contrario, se podría impugnar la decisión de los jueces, como ya se ha producido en casos como el FIFAGATE en Ecuador y recientemente en la defensa del exministro Espinel.

2.9.1.5 Cuarta Entrevista

Realizada a Pérez (2020). Ex fisca de FEDOTI y actual fiscal de Pedro Vicente Maldonado

1.- ¿Qué es el delito de lavado de activos?

De acuerdo con el entrevistado El delito de lavado de activos es un delito económico autónomo contra el régimen monetario que establece la persecución penal en contra de los bienes producto de actos delictivos y de bienes de la corrupción en definitiva también enmarca lo que es el testaferrismo y el enriquecimiento privado no justificado

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos es el régimen monetario es un delito económico plenamente establecido en el Código Orgánico Integral Penal dentro de esa sección, en efecto hay dos maneras de investigar el delito de lavado de activos el primero es como producto que es efecto secundario de un acto delictivo que es lo general y lo segundo es como un delito de peligro abstracto es decir se verifica que hubo la colocación el ocultamiento lo que se trata es de evitar que haya ese ocultamiento y colocación de esos bienes mal ávidos por lo tanto se puede considerar como un delito de peligro.

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

El delito de lavado de activos es muy particular se puede considerar que el delito se ha cometido desde el momento de la ideación es decir desde un momento previo a una tentativa, desde el momento que concierta voluntades con el objeto de ocultar y colocar desde ahí ya hay un cometimiento del delito lavado de activos.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

El principio de favorabilidad pre supone que habiendo dos normas que castiguen un delito por favorabilidad se debe aplicar la menos perjudicial para el procesado, es decir supongamos que hay dos normas que buscan atacar el dinero mal habido como es este caso sería el delito de lavado de activos y enriquecimiento privado no justificado aplicando ese principio debería investigarse por enriquecimiento privado no justificado antes del lavado de activos más aun cuando en nuestra normativa penal establece claramente que en el lavado de activos debes probar plenamente que el dinero es producto de un acto delictivo hecho que es sumamente difícil de probar ya que debería haber un seguimiento del dinero y determinar que ese dinero corresponde a tal acto delictivo.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

Cabría la presunción de que habiendo dos normas que castiguen al mismo de acto, se aplique la más favorable al procesado tomando en cuenta el principio de favorabilidad.

2.9.1.6 Quinta Entrevista

Realizada a Bonerges (2020). Juez Multicompetente de Pedro Vicente Maldonado

1.- ¿Qué es el delito de lavado de activos?

Consiste en legalizar por vía irregular el dinero proveniente de actividades ilícitas o delitos previos, delitos conexos por ejemplo delito de tráfico de armas, tráfico de drogas.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos la administración pública y la fe pública, si se puede considerar un delito de peligro porque en el fondo el delito de lavado de activos con lleva a otros delitos conexos por ejemplo delito de tráfico de armas, tráfico de drogas, delitos de corrupción tras la corrupción hay violencia entonces si es un delito de peligro

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

De acuerdo con el entrevistado, El delito de lavado de activos se puede considerar que se está cometiendo cuando se está realizando la actividad de blanqueamiento, cuando se compra bienes, ingresa el dinero a instituciones bancarias proveniente de actividades ilícitas, en ese momento se cometiendo del delito de lavado de activos.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

En todos los casos, el régimen jurídico ecuatoriano resuelve la contradicción, con la aplicación de la sanción menos rigurosa. El elemento adicional de la aplicación del principio de favorabilidad radica en la retroactividad establecida para la aplicación de la norma más favorable en materia sancionatoria, incluso si ésta fue promulgada con posterioridad al cometimiento de la infracción. El principio de favorabilidad entonces, en el caso prevalece sobre el principio de seguridad jurídica establecido en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

Operaría el principio de favorabilidad en el momento de aplicar la ley más favorable, en este caso previo a la expedición de la ley o si la ley nueva es más favorable en este caso al reo.

2.9.1.7 Sexta Entrevista

Realizada a Gallo (2020) . Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Puerto Quito

1.- ¿Qué es el delito de lavado de activos?

El entrevistado considera, el delito de lavado de activos es una conducta en la cual ciertas personas hacen aparecer legal dineros, valores o bienes que tienen su origen en algo ilegal, no solamente se debe considerar que los bienes solo proviene del narcotráfico como lo consideraban antes, sino que también de delitos como la trata de personas, del tráfico de armas, prostitución forzada, extorción , corrupción son de aquellas activas consideradas con un tipo penal, una conducta penalmente relevante para nuestra legislación ,hay que tener en cuenta también que este delito no es solo es el hacer aparecer como legal dineros que provienen del crimen sino que también hay que tener en cuenta que provienen varios verbos rectores adquirir, organizar, cuestionar, intervenir, muchísimos verbos rectores que te habla el art 317 del COIP.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos es la economía que la legislación penal trata de proteger, para mí no es considerado un delito de peligro de acuerdo a lo que establece el Art. 317 del COIP cuando tipifica el delito de lavado de activos, el legislador ecuatoriano considera como un delito de peligro, nos ubicamos en el *iter criminis* es decir en el camino del delito ahí le tipifica desde el momento que esta ya están organizando es decir de los actos preparatorios no únicamente respecto a los actos ejecutivos o actos consumados cuando ya se configura propiamente el delito de lavado de activos en razón que hay un verbo rector del delito de lavado de activos que habla respecto del que organice reitero habla de los actos preparatorios y desde ahí lo tipifica.

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

Desde el momento que se encuentra el bien jurídico en peligro que la legislación trata de proteger, se puede considerar desde que se está organizando y preparando esta conducta delictiva.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

Habla sobre el conflicto de dos leyes y cuál es la que puedes aplicar, se puede aplicar la menos rigurosa en referencia a la pena.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

Operaría la que tenga la pena menos rigurosa, teniendo en cuenta también respecto el tiempo de cuando se cometió, así como también respecto que siempre el principio de favorabilidad tiene que ser aplicado en *in bonam partem* al procesado.

2.9.1.8 Séptima Entrevista

Realizada a Batidas (2020). Abogado penalista

1.- ¿Qué es el delito de lavado de activos?

Es la actividad mediante la cual se da la apariencia de orígenes lícitos al dinero proveniente de actividades ilícitas.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El bien jurídico afectado es el orden económico del país, y si puede considerarse como un delito de peligro.

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

Cuando se oculta la fuente de origen de los fondos o recursos.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

El entrevistado considera que, en caso de la emisión de una ley más favorable, o contraposición de leyes, se aplicará la más favorable a los intereses del reo.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

En el caso de que se emita una ley q derogue algún delito que genere recursos económicos que en el actual momento sean catalogados como delitos, como es el caso de la producción y comercialización de sustancias estupefacientes, está ley dejaría sin efecto a los procesos y sentencias que hayan sido iniciados o juzgados por la ley que castigaba la producción y comercialización de sustancias estupefacientes por el principio de favorabilidad.

2.9.1.9 Octava Entrevista

Realizada a Montalvo (2020). Especialista en Derecho Penal

1. ¿Qué es el delito de lavado de activos?

El tipo constituye en delito a los actos de tenencia, posesión, transferencia, adquisición, administración, uso, resguardo, entrega, transporte o cualquier acto a través del cual una persona se beneficie de los bienes ilícitos, son parte del tipo además los actos de ocultamiento, disimulación o impedimento para el acceso a la determinación real del origen, procedencia o vinculación de dichos bienes ilícitos.

Es sujeto del delito quien los comete o quien preste el nombre o el de una sociedad para su cometimiento. También quien realice los actos de organizar, gestionar, asesorar, participar o financiar la ejecución de los actos señalados; o, quien por sí mismo o por medio de terceros realice operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos o quien ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El entrevistado señala el delito de lavado de activos, desde una perspectiva práctica e incluso desde una perspectiva doctrinaria, se puede identificar uno o más bienes jurídicos protegidos. En efecto, de acuerdo a la naturaleza del daño generado por todos los actos típicos o por cada uno de ellos, dirigido a una persona en particular o a un conglomerado social. En estricto sentido la protección es a la seguridad jurídica y en general a todo un sistema comercial, el orden socioeconómico como lo califica la doctrina española, la protección de los derechos individuales de propiedad, y de fe pública, los recursos del Estado, el sistema financiero y como inicialmente se conocía al delito como un derivado del tráfico de drogas. Al estar dentro de la sección de los Delitos Económicos, entonces el bien jurídico protegido es la seguridad en las relaciones económicas públicas o privadas.

Por otro lado, la determinación de que el delito de lavado de activos es uno de peligro o de daño, responde a un análisis muy complejo, sin embargo, de acuerdo a los verbos rectores del tipo penal, plenamente desagregados en el Código Orgánico Integral Penal, no es un delito de peligro. Cada uno de los actos que constituyen el tipo son infracciones en sí. Y cada acto que constituye un hecho sobre un bien ilícito, es en sí mismo uno generador de daño, al bien jurídico protegido según se ha señalado en esta contestación. Entonces la tenencia o transporte, la administración o uso, el beneficio, las transferencias, el ocultamiento, de bienes muebles o inmuebles ilícitos son actos dañosos contra el bien jurídico protegido.

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

El momento de cometimiento del delito es aquel en el que se ejecuta el acto que corresponde al verbo rector del tipo, realizado con un bien ilícito sea este mueble o inmueble. La transferencia de recursos públicos sin base contractual o legal. La adquisición de un bien inmueble con recursos ilícitos, corresponden entonces los momentos del cometimiento.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

El principio de favorabilidad está recogido de forma expresa en la legislación ecuatoriana, tanto en el ámbito constitucional como en las normas de jerarquía de Ley.

Ya en la materia, el Código Orgánico Integral Penal -COIP, establece el principio de favorabilidad como un principio procesal del debido proceso penal. Como tal es de obligatorio cumplimiento para los operadores de justicia y, tiene su base en las disposiciones Constitucionales previamente citadas.

En la materia entonces, el principio de favorabilidad tiene relación específicamente a la prevalencia de normas, en caso de conflicto, cuando ellas se refieran a sanciones. Es decir, en el caso de que dos normas, sin importar el rango, establezcan sanciones diferentes para el mismo hecho que constituye el delito.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

El entrevistado considera que sobre la materia se encuentran en vigencia dos normas de jerarquía de Ley, una orgánica y otra ordinaria: el Código Orgánico Integral Penal y la Ley para la prevención de lavado de activos y del financiamiento del delito.

Si existiese, como en efecto existe contradicción en materia sancionatoria en el delito de lavado de activos, la forma de resolverla es la siguiente:

1. Aplicación del principio de favorabilidad, que establece la prevalencia de la norma cuya sanción es menor para la infracción sometida a juzgamiento;
2. Aplicación del principio de jerarquía normativa, aplicando la norma de jerarquía mayor para el caso, la que ha sido asignada como Orgánica, esto es el Código Orgánico Integral Penal.

De acuerdo a la aplicación sistemática estricta del régimen consultado, según se ha enunciado en este documento, se aplicará la norma del Código Orgánica Integral Penal.

2.9.1.10 Novena Entrevista

Realizada a Villegas (2020). Especialista en Derecho Penal

1.- ¿Qué es el delito de lavado de activos?

De acuerdo con el entrevistado, El lavado de activos es cuando posee bienes de origen ilícito, sea cual sea estos bienes activos, patrimonios, propiedades que provenga de alguna actividad ilícita es independiente de cualquier otro delito, pero se tiene que demostrar la ilicitud de los recursos para llamarse un delito de lavado de activos.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

El bien jurídico protegido es la economía de la sociedad, estatal y si se considera un delito de peligro por el daño que llega a causar.

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

En el primer caso al momento de la realización del acto realizado a través de una cuenta del Estado de transferencia de fondos; en el segundo caso, desde el régimen civil, con el registro en el registro de la propiedad. Si los actos son de administración podría constituir la suscripción de un contrato de arrendamiento, el simple uso de un vehículo, el transporte de bienes a través de cooperativas que prestan tal servicio, etc. Es entonces el acto formal que se adecua al tipo, el que lo constituye temporalmente como delito.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

El principio favorabilidad establece tanto en la Constitución y como el Código Orgánico Integral Penal, con la vigencia de una nueva norma se deberá considerar necesariamente para el juzgamiento y para establecer una sanción o una pena a un procesado o reo la norma más favorable es decir si es que la norma vigente tenía una pena menor con la que se le estaba juzgando e inclusive si ya se le juzgo tiene una pena menor con la norma vigente pues se aplicara la norma vigente en favor a la persona juzgada , procesada o reo.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

Comparando las legislaciones, el COIP tiene una pena más rigurosa que la Ley de Lavado de Activos, el principio de favorabilidad operaria para las personas procesadas antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, se les juzgaría con la anterior Ley y se aplicaría el principio de favorabilidad.

2.9.1.11 Décima Entrevista

Realizada a Jiménez (2020). Fiscal de la ciudad de Ibarra

1.- ¿Qué es el delito de lavado de activos?

El entrevistado señala el delito de lavado, es como se sostiene un delito que el dinero ilícito se convierte en la sangre de la organización criminal o del delincuente que le ayuda a vivir con el mismo en forma lícita. Por eso es importante y necesario la criminalización de esta conducta para romper este flujo de capitales a los delincuentes.

Además, es un delito que se entiende que debe existir una conducta típica y antijurídica previa, para que el autor del delito en su calidad de encubridor, que por política criminal pasa a ser autor del mismo. Así mismo existe el delito de auto lavado.

2. ¿Cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lavado de activos y el mismo podría considerarse como un delito de peligro?

Este es un delito pluriofensivo, ya que la dogmática sostiene que tiene dos bienes jurídicos que son el orden económico y la administración de justicia. El primero por cuanto en la propia ley de la UAFE en el Art.2 se sostiene que es el control de cualquier actividad económica, esta actividad ilícita afecta la económica tomando en cuenta que distorsiona la misma y por lo mismo no se conoce realmente lo que un país produce y no paga impuestos (la actividad delincencial) y el segundo es porque le hace un fraude a la administración de justicia ya que es el que una actividad ilícita que engaña a los juzgadores para producir efectos en la correcta administración de la misma. Además, otros bienes jurídicos pueden ser la fe pública,

3. ¿Siendo el lavado de activos un delito de peligro, en qué momento se puede considerar que se ha cometido el delito?

El entrevistado considera que se tiene en cuenta en primer lugar la proximidad al bien jurídico. En este ese sentido, debemos partir del criterio si es de peligro abstracto o es concreto. Si es el primero el propio texto legal, se sostiene según la doctrina que es la propia acción prohibida que define formal mente el resultado y está más alejado del viene jurídico. Y si es concreto es que está más cerca del bien jurídico, para su lesividad.

Para determinar la consumación, debemos tomar en cuenta los siguientes criterios. Si la conducta humana es adecuada o idónea para cometer el delito, segundo si es realizada con dolo, si se amenaza al bien jurídico y si existe la temporalidad con relación al bien jurídico.

Ahora bien, es importante que se haga un juicio ex ante con los criterios anteriores y que actividad se realizó como criterios de EJECUCION (materialización de la acción en el exterior) para poder determinar si son necesarios y conducentes para logra el resultado del delito. Esto es que, si se realizó alguna acción prohibida que está en el texto del tipo penal, para entender se encuentra consumado.

4. ¿Qué dispone la Constitución de la República y la normativa penal ecuatoriana acerca del principio de favorabilidad?

Debe existir los siguientes presupuestos:

1. Dos normas que regulen la misma materia.
2. Que entre esas normas exista un conflicto en el momento de su aplicación.
3. La norma sea anterior o posterior sea más favorable, en el primer caso existirá ultra actividad y en el segundo caso retroactividad de la ley.
4. En cualquiera de los dos casos el principio de favorabilidad, escogerá siempre que sea la más favorable o más benigna para su aplicación.
5. Entiéndase que no solo es la pena sino todas las normas que se integran en el cuerpo normativo para que sea más favorable o más benigna.
6. Siempre se exige la más favorable al reo.

5. ¿En qué casos operaría el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos, frente a la existencia de la Ley de Lavado de activos y el COIP?

El entrevistado considera que, se debe examinar el caso en concreto y conocer con exactitud cuándo se cometió el delito, las investigaciones por parte de la fiscalía juegan

un papel muy importante de esta manera podremos aplicar las normas penales y seguir con los criterios anteriores, el principio de favorabilidad debe aplicarse cual pena sea menor, eso establece la constitución como norma suprema, pero sin embargo al ser el delito de lavado de activos un delito compuesto que quiere decir que debe existir la comisión previo de otro delito, las personas procesadas en la actualidad deberían ser juzgadas con el COIP, pero si vamos a la práctica real los abogados defensores se acogen al principio de favorabilidad aduciendo que la comisión del delito se materializo antes de la promulgación del COIP, para de esta manera obtener la mejor sentencia.

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE SOLUCIÓN

3.1. Fundamentos para una reforma

Conforme a como ya se ha analizado ampliamente dentro de la presente investigación, el problema se presente en cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad en el caso del delito de lavado de activos, ya que al haberse producido una variante en la pena con la promulgación del COIP que resulta mucho más gravosa frente a la que se disponía en la Ley para reprimir el lavado de activos es obvio que quienes se encontraban procesados por el delito de lavado de activos, en aplicación del principio de favorabilidad, y concomitantemente por aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley es evidente que exijan que la norma aplicable sea la más beneficiosa en cuanto a la gravedad de la pena, argumentando que es la que se encontraba en vigor cuando ocurrió la comisión del delito aun cuando tal situación no fuere así.

El hecho se complica se considera que el delito de lavado de activos se configura en una serie sucesiva de actos y no en uno solo, debiendo por lo tanto el juzgador analizar en qué casos puede operar este principio, por lo que existen algunos elementos de carácter bastante subjetivos al momento de poder tomar una decisión respecto a la pena que debe aplicarse.

En este sentido, debe considerarse además que la solución viable en este caso no es la realización de una reforma legal, puesto que en razón de las disposiciones constitucionales y también de las contenidas dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos resulta impensable derogar el principio de favorabilidad de la Constitución ecuatoriana, pues el mismo estaría en vigencia a través de los instrumentos internacionales, y en este caso se aplicaría lo determinado en el inciso final del artículo 424 de la Constitución de la República que prevé que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra

norma jurídica o acto del poder público” (Constitución de la República del Ecuador , 2008).

De esta manera, la única reforma que podría ser viable en este caso para poder solucionar el problema sería la de disminuir la pena del delito de lavado de activos dentro del COIP, de tal manera que existiera una concordancia con las penas previstas en la Ley para reprimir el lavado de activos, una situación que resulta también poco lógica, en el sentido de que se considera que la intención del legislador al promulgar el COIP ha sido la de sancionar de manera más estricta esta conducta, debido a la peligrosidad que la misma tiene, así como la mayor frecuencia con la que se está cometiendo, esto en línea con lo que se ha dispuesto dentro de los instrumentos internacionales de lucha contra el crimen organizado que también regulan lo referente al lavado de activos.

3.2. Objetivos de la propuesta

3.2.1 General

Establecer la necesidad de formulación de una Guía de aplicación del principio de favorabilidad para personas procesadas por el delito de lavado de activos en el Ecuador

3.2.2 Específicos

Determinar en qué casos se puede aplicar el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos.

Identificar el alcance constitucional y penal del principio de favorabilidad en la legislación ecuatoriana en el caso del delito de lavado de activos

Identificar las consecuencias jurídicas de la aplicación del principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos.

3.3. Contextualización

En el presente caso se ha demostrado como en efecto existe un problema jurídico en relación a la aplicación del principio de favorabilidad dentro del delito de lavado de

activos, en razón de la existencia de dos normas que sancionan de manera distinta este tipo penal, la Ley para reprimir el lavado de activos y el COIP; el primero establece una pena menor, de modo que las personas que son procesadas por el delito argumentan que el tiempo en el cual se cometió este delito fue durante la vigencia de la primera norma, para que de esta manera se les sancione con una pena menor, una situación que no siempre es así, pues existe cierta dificultad para poder determinar en qué momento se cometió el delito, debido a la naturaleza de esta infracción.

Pese a la existencia de dicho problema, también se analizó porque en el presente caso no se puede aplicar una reforma jurídica, en razón de que el contexto no es idóneo para la misma, pues no se podría resolver este problema jurídico de esta manera, debido a los principios constitucionales y del bloque de legalidad que confluyen, por tal razón, se considera que la mejor solución sería realizar un documento de orientación para aplicar el principio de favorabilidad en el caso del delito de lavado de activos.

3.4. Planteamiento de algunas ideas que resuelvan la problemática

En lo que se refiere al principio de favorabilidad, el mismo no es nuevo en cuanto a su aplicación en los delitos, pues con la vigencia del COIP, se derogaron varias leyes cuyas penas diferían de las que actualmente se disponen, de modo que se requirió en muchos casos la aplicación de este principio.

Uno de los casos más importantes se dio en cuanto al delito de tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, anteriormente denominada tráfico de drogas, en donde las penas fueron disminuidas, así como también se estableció una nueva tabla para establecer las escalas del delito. Frente a las contradicciones cuanto, a las penas, la Defensoría Pública del Ecuador en el año 2014 creó una Guía de aplicación del principio de favorabilidad para personas condenadas por delitos de drogas en el Ecuador, con el objetivo de que se pueda guiar la actuación de los jueces de garantías penales en la aplicación de este principio.

En tal sentido, se considera que, de igual manera, debe crearse una Guía de aplicación del principio de favorabilidad para personas procesadas por el delito de lavado de activos

en el Ecuador, con el objeto de poder ofrecer esta misma guía a los jueces y tribunales de garantías penales, a fin de que puedan resolver las posibles dudas que existieren para la aplicación de este principio en cada caso.

CONCLUSIONES

A través de la elaboración del presente estudio se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- El delito de lavado de activos constituye un acto cuya finalidad es el simular el origen real de un conjunto de capitales, cuya procedencia ha provenido de fuentes u operaciones de carácter ilícito, para hacerlos ver como que los mismos han provenido de una fuente lícita; de tal modo que el objeto mismo del delito es la introducción de los capitales ilícitos dentro de la economía lícita de un Estado, una vez que se les ha otorgado una apariencia de legalidad de su procedencia, para que así el o los delincuentes, puedan disfrutar de este patrimonio sin que las autoridades de control hayan logrado establecer la ilicitud de dichos capitales.
- En la legislación constitucional ecuatoriana el principio de favorabilidad se constituye parte del derecho al debido proceso, de allí la obligatoriedad que existe en la aplicación de este importante principio en materia penal, lo que implica que el juzgador en materia penal, está en la obligación de imponer la pena más favorable, cuando existan dos sanciones diferentes para un mismo tipo penal, ya sea que la conducta haya dejado de ser considerada como un delito o que se haya disminuido su pena, el procesado y sentenciado por tales conductas tendrá el derecho a beneficiarse de la ley posterior más benigna; mientras que en los casos en los cuales se creen reformen leyes penales que establezcan sanciones más graves, la persona procesada tiene derecho a que se la juzgue con base a la ley y a la pena aplicable en el momento en que se cometió el delito, no pudiendo aplicar una pena más grave, en razón del principio de legalidad que tiene amplia relación con el principio de favorabilidad.
- El principio de favorabilidad también se encuentra contemplado dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos y dentro del COIP como uno de sus principios procesales, e donde, en la misma línea prevista por la Constitución de la República, existe una relación clara entre el principio de

legalidad y el principio de favorabilidad, pues en primer lugar se menciona la obligación de que el Estado pueda sancionar únicamente a aquellas conductas punibles que se hayan tipificado dentro de la ley penal, así como también la obligación de que ante la promulgación de una nueva ley penal que sea más benigna, aun con posterioridad al cometimiento del delito, será un deber de las autoridades estatales, beneficiar al infractor con la imposición de la pena menos grave.

- En cuanto a los casos en los cuales se puede aplicar el principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos existe una gran dificultad para poder establecer de manera clara cuando opera este principio, esto en razón de la naturaleza jurídica del delito de lavado de activos, que al ser un delito compuesto, implica una conjunto muy amplio de acciones o de verbos rectores a través de los cuales se comete el delito; pero además, otro factor que implica una mayor dificultad en la aplicación de este principio se encuentra en que el delito se comete mediante una serie de acciones y no en un solo acto, siendo además determinante que exista un conocimiento respecto de la ilicitud de los activos. Esto implica que significa que una persona que cometió el delito de lavados de activos cuando estaba en vigencia la Ley para la erradicación de lavado de activos debe recibir una pena menor por el cometimiento de esta infracción, ya que era esta la que se encontraba en ese momento en vigencia, pues la persona debe ser juzgada conforme a esta ley y no frente al COIP. Para establecer el tiempo exacto en el que se cometió el delito debe considerarse tanto el momento en el que se realiza la primera acción que permitió que se realice el delito, así como el conocimiento acerca del origen de los activos.
- Las consecuencias jurídicas de la aplicación del principio de favorabilidad en el delito de lavado de activos sin duda son la disminución de la pena que tendrá el infractor, pues el objetivo mismo de este principio es favorecer a la persona procesada o sentenciada por un delito cuya tipicidad ha sido derogada o cuya pena se ha disminuida debido a un cambio de criterio del órgano legislativo, siendo una obligación de los jueces el cumplir con la aplicación de este principio en virtud

de las disposiciones constitucionales, internacionales y legales que así lo exigen, ya que de lo contrario, se podría impugnar la decisiones de los jueces que no hayan aplicado este principio en instancias ordinarias, extraordinarias o constitucionales posteriores, como ya ha sucedido en algunos casos en el Ecuador.

- La mejor solución para la problemática planteada es la creación de una Guía de aplicación del principio de favorabilidad para personas procesadas por el delito de lavado de activos en el Ecuador, con el objeto de poder ofrecer una orientación a los jueces y tribunales de garantías penales de como puedan resolver las posibles dudas que existieren para la aplicación de este principio en cada caso, pues en este caso no es viable la realización de una reforma legal, puesto que en razón de las disposiciones constitucionales y también de las contenidas dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos impiden derogar el principio de favorabilidad de la Constitución ecuatoriana, mientras que tampoco se considera adecuado la disminución de la pena en el delito de lavado de activos, pues en este caso se iría en contra de las recomendaciones de los organismos internacionales que disponen que se debe luchar contra este delito debido al peligro que representa.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a la Fiscalía y a la Defensoría Pública del Ecuador, trabajar en la elaboración de Guía de aplicación del principio de favorabilidad para personas procesadas por el delito de lavado de activos en el Ecuador, para que de esta manera se pueda ofrecer una orientación a los jueces y tribunales de garantías penales de la forma de actuación que deberán tener en estos casos y así también se puedan resolver las posibles dudas que existieren para la aplicación de este principio en cada caso que tengan en su conocimiento, con lo cual se podrá fanatizar la justicia, pero además la seguridad jurídica y los derechos de las personas procesadas.
- Se recomienda al Consejo de la Judicatura que se realicen capacitaciones a los fiscales y jueces de garantías penales acerca de la aplicación del principio de favorabilidad para personas procesadas por el delito de lavado de activos en el Ecuador, pues conforme se ha podido demostrar en la presente investigación, se trata de un tema extremadamente complejo que requiere de un mayor conocimiento a fin de que se garanticen los derechos previstos dentro de la Constitución de la república, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la normativa legal vigente en materia penal.
- Se recomiendo a los doctrinarios en el Ecuador, que se realice una mayor investigación y profundización acerca del delito de lavado de activos en el país, pues actualmente existen muy pocos estudios respecto a la temática, aun cuando se trata de un tema de gran complejidad e interés dentro del campo del derecho penal, pues no cabe duda que varios factores han permitido que se dé un mayor crecimiento en el cometimiento de esta conducta punible en todo el mundo, razón por la cual se debe buscar una mayor capacitación que permita el diseño de estrategias que permitan a futuro, mitigar y erradica esta actividad delictiva.

Bibliografía

- Abeliuk, R. (2008). *Las obligaciones*. Santiago de Chile : Jurídica de Chile.
- Aldaz, Á. (2009). *El Origen Ilícito en el Delito de Lavado de Activos en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado el 24 de Octubre de 2020, de <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2785/1/T0988-MDE-Aldaz-El%20or%c3%adgen.pdf>
- Álvarez, D., & Palacios, F. (2007). *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*. Madrid: Dykinson.
- Báez, F. (8 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Barral, M. (2012). *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*. Buenos Aires : Adhoc.
- Batidas, I. (10 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Bautista, N., Castro, H., Rodríguez, O., Moscoso, A., & Rusconi, M. (2005). *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*. Santo Domingo: Proyecto Justicia y Gobernabilidad. Recuperado el 11 de noviembre de 2020, de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_reptom_libro.pdf
- Bernal, C. (2006). *Metodología de la Investigación*. Madrid: Pearson Educación. Recuperado el 5 de Diciembre de 2020, de <https://abacoenred.com/wp-content/uploads/2019/02/El-proyecto-de-investigaci%C3%B3n-F.G.-Arias-2012-pdf.pdf>
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigación. Administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Bogotá: Pearson Educación.
- Best, J. (2000). *Como investigar en educación*. Madrid: Morata.
- Blanco, I. (2012). *El delito de lavado de capitales*. México D.F.: Limusa.

- Bonerges, F. (9 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Bravo, M. (27 de Diciembre de 2017). *Principio de Favorabilidad*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2020, de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/principio-de-favorabilidad->
- Brucet, L. (2007). *El Crimen Organizado*. México D.F.: Porrúa.
- Buendía, L., Colás, P., & Hernández, F. (2005). *Métodos de investigación en psicopedagogía*. Madrid: McGraw-Hill.
- Bunge, M. (16 de Junio de 2015). *Cooperación en Red Euro Americana para el desarrollo Sostenible*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2020, de Tipos de Investigación Científica: <http://www.creadess.org/index.php/informate/de-interes/temas-de-interes/17300-conozca-3-tipos-de-investigacion-descriptiva-exploratoria-y-explicativa>
- Carrasco, E. (2016). La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal. *Revista de Derecho Penal*, 147-194.
- Cassani, U. (2014). Blanqueo de Capitales. *Hojas Penales*, 1(135), 1-27. Recuperado el 30 de Octubre de 2020, de <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:42605>
- Colloa, J. (2016). *Retroactividad e Irretroactividad En Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencial*. Madrid: Ramón Areces.
- Correa, A., & Eluchans, E. (2011). Lavado de dinero y blanqueo de activos. *Ars Boni et Aequi*, 7(1), 193-208. Recuperado el 11 de noviembre de 2020, de <http://arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/131/114>
- Correa, P. (8 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)

- Cruz, O. (2015). *Defensa a la Defensa y Abogacía en México*. México D. F.: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. Recuperado el 18 de Noviembre de 2020, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/14.pdf>
- De la Fuente, F. (1991). Sobre el concepto de responsabilidad criminal en nuestro Código Penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIII(54), 113-123. Recuperado el 30 de Octubre de 2020, de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/234/215>
- Ecuador, Asamblea Nacional . (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Nro. 180 del 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008.
- Fernández, A. (2012). *La aventura de investigar*. México D.F.: UNAM.
- Gallo, E. (9 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- García, J. (29 de Diciembre de 2014). *La Abolitio Criminis*. Recuperado el 24 de Noviembre de 2020, de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/la-abolitio-criminis#:~:text=los%20efectos%20retroactivos%20de%20la,formalista%20el%20enunciado%20del%20Art.>
- Garófalo, R. (2005). *La criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. (P. Dorado, Trad.) Navarra: Analecta.
- Gómez, D. (1997). *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Madrid: Cedecs Editorial.
- Hernández, H. (2017). *El lavado de activos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jakobs, G., & Canció, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas.

- Jaramillo, J. (2007). Lavado de Activos. *Temas de Política Pública*, 10(5), 1-27. Recuperado el 11 de Noviembre de 2020, de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_reptom_libro.pdf
- Jiménez, G. (11 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Martinez, P., & Serra, M. (2010). *Concepto del Delito*. Recuperado el 24 de Octubre de 2020, de Apuntes Jurídicos: <https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/concepto-delito.pdf>
- Montalvo, W. (10 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Moreno, V. (2010). Sobre el derecho de defensa. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 1(8), 7-40. Recuperado el 17 de Noviembre de 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=10790>
- Muñoz, F. (2013). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.
- Organización de las Naciones Unidas: Oficina Contra la Droga y el Delito. (1999). *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*. Recuperado el 11 de noviembre de 2020, de <https://www.imolin.org/imolin/finhaspa.html>
- Pazmiño, E., Paladines, J., & Brito, M. (2014). *Guía para la aplicación del principio de favorabilidad para las Personas condenadas por delitos de drogas*. Quito: Defensoría Pública. Recuperado el 18 de Noviembre de 2020, de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/977>
- Pérez, H. (9 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Piqué, M. (2009). Principio de Legalidad y de Retroactividad. *Revista de la Univesidad de Buenos Aires*, 1(8), 167-186. Recuperado el 25 de Noviembre de 2020, de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-suproyeccion-en-el->

- Prado, V. (2006). *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*. Washington, D.C.: Organización de Estados Americanos. Recuperado el 11 de Noviembre de 2020, de http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/oea%20cicad%20libro%204%20edicion.pdf
- Rivadeneira, N. (8 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Saritama, R. (2015). Derecho Penal del Enemigo en el Estado de Derecho. *Revista Académica del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja.*, 1(2), 1-3. Recuperado el 15 de Noviembre de 2020, de <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/view/17>
- Sentencia C-371.11, Sentencia C-371.11 (Corte Constitucional de Colombia 10 de Agosto de 2015).
- Silva, J. (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*. Barcelona: B de F.
- Torres, L. (2015). *El juzgamiento del lavado de activos en el Distrito Metropolitano de Quito durante el año 2012*. Quito: Universidad Central del Ecuador. Recuperado el 24 de Octubre de 2020, de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/5357>
- Villalba, P. (2012). *El delito de lavado de activos y su incidencia en el Ecuador*. Quevedo: Universidad Nacional Autónoma de los Andes. Recuperado el 24 de Octubre de 2020, de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/3418/1/TUQMDPC001-2014.pdf>
- Villegas, R. (11 de Diciembre de 2020). Lavado de activos y principio de favorabilidad. (M. Rosales, Entrevistador)
- Zambrano, A. (2019). *Lavado de Activos. Aproximaciones desde la Imputación objetiva y la Autoría mediata*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.