

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Estándar probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado

Nadia Guadalupe Gutiérrez Chávez

Tutor: Danilo Alberto Caicedo Tapia

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Nadia Guadalupe Gutiérrez Chávez, autora de la tesis intitulada “Estándar probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha.....

Firma:.....

Resumen

El presente estudio destaca la importancia del manejo técnico de la prueba indiciaria dentro de la investigación de lavado de activos, mediante el análisis doctrinario y práctico de la realidad actual del país respecto a la incorporación de este delito en la legislación como un tipo autónomo e independiente. A partir de aquello se devela la importancia de una institucionalidad preventiva cooperante con las entidades investigativas y de control antilavado, pero también se manifiesta la necesidad de equilibrar dicha política preventiva con la observancia de derechos y principios que parten del debido proceso.

El análisis a través de textos académicos, artículos de prensa, instrumentos internacionales contra la delincuencia organizada, legislación nacional, entrevistas, legislación comparada y casuística, logró profundizar un enfoque real de los posibles obstáculos dentro de la investigación y las limitaciones a los derechos de los procesados.

Los datos fundamentados en entrevistas fueron proporcionados por instituciones de prevención e investigación sobre lavado de activos, tales como: Unidad de Análisis Financiero y Económico y la Unidad Antilavado de Activos de la Fiscalía General del Estado, además de abogados expertos en el tema. La información basada en casos fue obtenida de las páginas web oficiales del sistema judicial. El análisis cualitativo basado principalmente en las entrevistas realizadas y estudio de casos, concluyó que en el Ecuador es indispensable desarrollar los criterios técnicos de investigación en la normativa penal, pues todavía se evidencian obstáculos investigativos, y falencias respecto al tratamiento de los derechos básicos del debido proceso, por esto es necesario fortalecer los niveles de capacitación en fiscales y juzgadores.

Finalmente, las recomendaciones de esta investigación están dirigidas a fortalecer la lucha contra el lavado de activos, no desde el enfoque de un *Derecho Penal Máximo*, sino desde un *Derecho Penal de Ultima Ratio*, con el fin armonizar la eficacia del proceso investigativo, con el respeto que merecen las personas naturales y jurídicas procesadas en cuanto al debido proceso y el principio de presunción de inocencia.

Palabras clave: Lavado de activos; debido proceso; estándar; prueba indiciaria; inocencia; autonomía; cooperación

A Dios, por hacer realidad cada uno de los sueños trazados en mi vida;

A mis padres, por cada palabra de aliento, de perseverancia, y amor;

A mis hermanos, Wilmer, Santiago y María Sol, quienes han respaldado todas mis decisiones personales, académicas y profesionales, en especial a lo largo de este proyecto.

Finalmente, a quienes luchan por impartir justicia verdadera, vigilantes siempre de la defensa de los derechos humanos.

Agradecimiento

Agradezco a Dios, por mantener siempre viva en mí la fe, amor y constancia por alcanzar cada una de las metas propuestas. A mi familia por su amor y apoyo incondicional. A la Universidad Andina Simón Bolívar, que a través de sus excelentes profesores afirmaron en mí el interés y amor por el Derecho Penal. Un especial agradecimiento a mi tutor Danilo Caicedo Tapia, por sus consejos, enseñanzas y sabias palabras de apoyo en el transcurso de este trabajo investigativo.

Tabla de contenidos

Introducción	15
Capítulo primero El lavado de activos en la legislación ecuatoriana.....	19
1. Contexto social que origina el problema.....	19
1.1. Injerencia del lavado de activos en el contexto local.....	19
1.2. Conceptualización del lavado de activos en el sistema penal ecuatoriano	25
2. Ciclo de lavado de activos.....	31
2.1. Colocación o <i>placement</i>	31
2.2. Superposición o <i>layering</i>	33
2.3. Reciclado o <i>integration</i>	34
3. Naturaleza autónoma del ilícito.....	35
3.1. Autonomía sustantiva.....	35
3.2. Autonomía procesal.....	37
3.3. Estructura típica de la conducta autónoma.....	43
3.3.1. Tipicidad objetiva.....	44
3.3.2. Tipicidad Subjetiva	51
Capítulo segundo.....	55
Aspectos generales del procedimiento investigativo y cooperación internacional... 55	55
1. Aplicación de recomendaciones emitidas por organismos internacionales	55
1.1. Recomendaciones emitidas por la Organización de las Naciones Unidas	55
1.2. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional	57
1.2.1. Implicancia en el sistema investigativo desde la prevención y manejo de técnicas adecuadas.....	60
1.3. Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria	66
1.4. Grupo Egmont.....	67
2. Prevención y control institucional.....	68
2.1. Instituciones preventivas.....	70
2.1.1. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros	70
2.1.2. Superintendencia de Bancos y Seguros.....	72

2.1.3. Servicio de Rentas Internas del Ecuador.....	74
2.1.4. Contraloría General del Estado	75
2.1.5. Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.....	77
3. Actuaciones conjuntas entre Fiscalía General del Estado y Unidad de Análisis Económico y Financiero.....	78
3.1. La necesidad de una investigación autónoma	78
3.1.2. Unidad de Análisis Financiero y Económico.....	80
3.2. Obstáculos en la labor investigativa referente a la cooperación interinstitucional	84
3.3. Necesidad de un protocolo internacional	87
Capítulo tercero	91
Estándar probatorio y su vinculación con el debido proceso	91
1. Prueba indiciaria.....	91
1.1. Origen ilícito y conocimiento del delito.....	97
1.2. Carga probatoria.....	100
1.3. Obstáculos vinculados al manejo de la prueba indiciaria	102
2. Restricción de derechos vinculados con el debido proceso	103
2.1. Presunción de inocencia.....	105
2.2. Restricción de derechos patrimoniales.....	109
3. Breve análisis de casos.....	113
3.1. Caso <i>Tarjeta Roja para los directivos de la FEF, período 2010 al 2015</i>	113
3.1.1. Antecedentes generales	113
3.1.2. Investigación por parte de Fiscalía General del Estado y fundamentación probatoria	114
3.1.3. Motivación judicial	117
3.2. Caso <i>Atardecer</i>	120
3.2.1. Antecedentes generales	120
3.2.2. Investigación fiscal.....	121
3.2.3. Motivación judicial	123
Conclusiones	127
Propuestas	133

Bibliografía	137
Anexos	149

Introducción

El análisis del lavado de activos en el Ecuador ha sido abordado desde la perspectiva de un *Derecho Penal de Riesgo*, adaptándose al objetivo internacional de lucha contra la corrupción que durante años se ha mantenido. De aquel interés parte la incorporación del ilícito mediante un tipo penal autónomo e independiente diferente de la conducta que le dio origen. Aquello ha sido determinado como requisito necesario para erradicar las operaciones ilícitas de la delincuencia organizada transnacional.

La sociedad ha alabado la política estatal de cero tolerancia contra la corrupción, y aquellos programas tendientes a agilizar el tiempo de las investigaciones inobservando la aplicación de técnicas especiales de investigación recomendadas por organismos internacionales para este tipo de delitos. Además, dentro de este panorama eficientista se pone en duda la observancia de ciertas garantías y derechos, como el debido proceso y el principio de presunción de inocencia.

Factores como la globalización, la corrupción y el apogeo de la criminalidad organizada han sido contundentes para que la comunidad internacional justifique ciertas decisiones a nivel político criminal y jurídico, que sin un análisis técnico y una debida aplicación a la realidad social y jurídica que experimenta una nación respecto de este tipo de ilícito, podrían sacrificar ciertos derechos fundamentales del procesado. Esto por la exacerbada idea de que, a mayor nivel punitivo, mayor será la eficacia para luchar contra la delincuencia organizada. Dentro de esta consigna se ha manejado el sistema judicial ecuatoriano, por lo que se ha incluido en el ordenamiento jurídico local una tipología penal semejante con la de otros países latinoamericanos respecto a la autonomía sustantiva y adjetiva de lavado de activos, esto con el fin de evitar y combatir la delincuencia organizada.

Pese lo anterior, mucho se ha discutido sobre las consecuencias de otorgar esta autonomía al delito, en tanto al demostrar el origen ilícito de los bienes producto de lavado es necesario el manejo técnico de la prueba indiciaria por parte de los servidores judiciales, pero esto conlleva a que dentro del proceso investigativo, *específicamente dentro de la etapa de instrucción fiscal*, una vez que se inicia un proceso penal como tal, inclusive en la *etapa de juzgamiento*, se limiten ciertos derechos para descubrir la verdad de los hechos, motivo

por el que se duda si realmente se respetan los derechos contenidos en el debido proceso, principalmente la presunción de inocencia.

Motivado por las recomendaciones internacionales de organizaciones anti lavado de activos, los convenios y políticas internacionales, el Ecuador ha experimentado un desarrollo normativo amplio respecto a este delito. Ejemplo de esto, es la introducción de lavado de activos en el Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N°180 del 10 de febrero del 2014. También, se han fijado los lineamientos para construir una estructura interinstitucional que busque proporcionar mayor eficacia a la prevención y control del delito. Pero es necesario establecer si dicha evolución normativa una vez que se aplican los procesos de investigación cumple con el equilibrio entre evitar la impunidad del delito, y no por ello sacrificar el debido proceso.

Esta investigación busca indagar desde una perspectiva garantista los principales obstáculos en el proceso de investigación del delito de lavado de activos, respondiendo la siguiente pregunta: ¿En la investigación de lavado de activos el estándar probatorio manejado a través de pruebas indiciarias vulnera o no el debido proceso y presunción de inocencia de los procesados? El problema inicia cuando las operaciones de investigación son obstaculizadas por la ausencia de una especialización y capacitación suficientes por parte de los funcionarios judiciales, la ausencia de recursos económicos, humanos y tecnológicos agravan la delicada tarea de probar a través de elementos indiciarios el origen ilícito del delito en cuestión. De aquí la complejidad en solventar una investigación especializada que a su vez tenga como límites la observancia del debido proceso y la no afectación de la presunción de inocencia del procesado. Se cuestiona la aplicación debida de ciertos parámetros técnicos, como los recomendados por el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante GAFI) que deberían ser implementados en el país dentro del cuerpo normativo penal.

Con esto el uso de la prueba indiciaria tendría un respaldo contundente, pues en este tipo de delitos la posibilidad de obtener elementos de prueba directos es escasa, razón por la cual es necesaria la aplicación de técnicas de investigación especiales realizadas por peritos especializados para el efecto. Un adecuado manejo del proceso investigativo logrará que por una parte se consiga una eficaz detección de la conducta punible si la hubiere, y por otra no se afecte el derecho a un debido proceso y dentro de éste la aplicación del principio de presunción de inocencia.

Se tomarán como referentes prácticos el análisis de dos casos emblemáticos acaecidos en la última década en el país, con el fin de establecer los principales óbices dentro de la investigación y el juzgamiento de lavado de activos, y los factores que presumiblemente puedan vulnerar los derechos básicos del debido proceso.

Capítulo primero

El lavado de activos en la legislación ecuatoriana

En este capítulo se contextualizará la globalización criminal como causa inmediata del lavado de activos y de esta manera se podrá entender la importancia de su tipificación dentro de la legislación ecuatoriana. Para aquello se tomará en cuenta el desarrollo de la normativa nacional sobre prevención y sanción de lavado de dinero, así como las etapas que forjan el ilícito.

1. Contexto social que origina el problema

La necesidad de tipificar el lavado de activos nace de la lucha emprendida por los países con un alto nivel de desarrollo económico y tecnológico, es decir aquellas naciones que extienden su dominio por todo el sistema mundial (Estados Unidos, por ejemplo), contra la delincuencia organizada transnacional. Dicha necesidad se ha magnificado a partir del *boom* de la globalización, así como el desarrollo de tecnologías que han facilitado el libre y poco planificado intercambio de bienes y productos entre países, sobre todo en Latinoamérica. Este problema ha generado marcadas diferencias, inseguridades y prejuicios entre países hermanos, lo que conlleva a que se clame por un poder punitivo extremo, es decir, un *Derecho penal inflacionista*.

Cabe recordar que la *Gran Depresión* de los años 30 suscitada en Norteamérica, generó una de las primeras expresiones de criminalidad organizada del siglo XXI, esto es el tráfico de licores liderado por *Al Capone* como efecto de la *Ley Seca* instaurada en esa nación. Las estrategias abordadas para mantener la prohibición del consumo de alcohol fueron el principio de una política criminal represiva en contra de las bandas delincuenciales a gran escala. A nivel mundial el intercambio ilegal de armas, y sobre todo el tráfico de drogas acaecido en la década de los 80 principalmente en Sudamérica generaron que los países llamados desarrollados inicien un estricto control y lucha contra dicho tipo de delincuencia.

1.1. Injerencia del lavado de activos en el contexto local

La globalización ha sido un factor importante para la consolidación de la criminalidad organizada. Para Luigi Ferrajoli aquello puede ser analizado desde la siguiente perspectiva:

Se trata de una criminalidad “global”, o “globalizada”, en el mismo sentido que hablamos de globalización de la economía: es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal,

sino, a la par de las actividades económicas de las grandes *corporations* multinacionales a nivel transnacional o incluso planetario.¹

Entonces, el control de este tipo de fenómenos suele perseguir un esquema internacional común desarrollando parámetros y objetivos similares, vinculados a desarticular grupos criminales, principalmente mediante reformas legislativas que casi siempre tienden a ser altamente punitivas. Lo que varía en cada país es la forma de ejecutar tales directrices, siendo que, en las naciones descentralizadas (como son la mayoría de países latinoamericanos, y en el caso de estudio, el Ecuador), no se ha evidenciado un procedimiento investigativo basado en técnicas especializadas para tratar de manera acertada los procesos iniciados por lavado de activos.

Asociar el lavado de activos como uno de los delitos de tipo económico principales dentro de las organizaciones de criminalidad organizada genera que la comunidad internacional y en este caso el Ecuador mantengan la consigna de lucha contra la corrupción dentro del sistema penal. En este contexto se expidió la Ley de control y fiscalización de sustancias estupefacientes,² en 1970, siendo reformada en 1987, acoplándose a los compromisos tratados en la Convención de Viena de 1988.³ Empero, solo es hasta el año de 1990 que dicho instrumento entró en vigencia a través del Registro Oficial Suplemento N°400 del 21 de marzo. De esta manera, por primera vez el legislador considera dentro de un cuerpo normativo el lavado de dinero, en el artículo 77 de la mencionada ley se establece:

Art. 77.- Conversión o transferencia de bienes. -Quienes a sabiendas de que los bienes de cualquier clase han sido adquiridos a través de los delitos tipificados en este capítulo, con el propósito de ocultar su origen, contribuyeren a negociarlos, convertirlos o transferirlos a otras actividades, serán sancionados con cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria o multa de veinte a cuatro mil salarios mínimos vitales generales. Si la comisión de esta infracción se hubiera realizado mediante la organización de una asociación destinada a preparar, facilitar, asegurar los resultados o garantizar la impunidad, la pena será de ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria y multa de cuarenta a seis mil salarios mínimos vitales generales.⁴

¹ Luigi Ferrajoli, "Criminalidad y Globalización", en *Globalización y derecho*, comp. Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 145.

² Ecuador, *Ley de control y fiscalización del tráfico de estupefacientes*, Registro Oficial 366, Suplemento, 23 de noviembre de 1970.

³ ONU Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, 20 de diciembre de 1988, art.3.

⁴ Ecuador, *Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas*, Registro Oficial 400, Suplemento, 21 de marzo de 1991, art. 77.

El tráfico de drogas como conducta generadora de lavado de activos dejó de preocupar mayormente a la comunidad internacional, cuando en el año 2001, un grupo terrorista conocido como *Al Qaeda* atacó el centro financiero más importante de Estados Unidos, el *World Trade Center* en Nueva York. Este hecho llevó a que los países desarrollados incidan con mayor rigor en el control y prevención de actividades cometidas por bandas de delincuencia transnacional, a través de las reformas legislativas respecto a la represión y lucha contra la criminalidad internacional. En ese sentido, no solo el tráfico de drogas era considerado como un delito grave para dar lugar al blanqueo de capitales, sino también el terrorismo. Por este motivo, los cambios normativos en los países latinoamericanos tendieron a ampliar el margen de verbos rectores de la conducta ilícita analizada. El Ecuador en el año 2005 publica la Ley para reprimir el lavado de activos⁵ (en adelante Ley 2005). En el artículo 14 de la mencionada ley se establecía:

Art. 14.- Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta: a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito; b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito; c) 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 esta Ley; d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley; e) 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; y, f) Ingreso y egreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país. Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados.⁶

Cabe destacar que las penas aplicables a dicha conducta se encontraban establecidas en el artículo 15 de dicha ley, pero no se mencionan los delitos que podrían dar origen al blanqueo de capitales. Ahora bien, durante el 2010, la Ley 2005 experimenta una reforma con la denominación *Ley de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*⁷ (en adelante Ley 2010), manteniendo la estructura

⁵ Ecuador, *Ley para reprimir el lavado de activos*, Registro Oficial 127, Suplemento, 18 de octubre de 2005.

⁶ *Ibíd.*, art. 14.

⁷ Ecuador, *Ley de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*, Registro Oficial 352, Suplemento, 30 de diciembre de 2010.

del delito como un tipo penal abierto, pues todavía no se lo incorporaba en la codificación penal. La particularidad de esta ley fue otorgarle a la Unidad de Inteligencia Financiera (conocida en aquel entonces con ese nombre o UAF), mayor amplitud en la recepción de información catalogada como sospechosa de lavado de activos. Dicha reforma no implicó cambios a nivel de penas, ni tampoco en cuanto a la naturaleza del ilícito.

Entonces, se puede establecer que el lavado de activos como delito autónomo en sentido estricto no fue establecido sino hasta el año 2014, en el que se promulga el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) mediante Registro Oficial Suplemento N°180 del 10 de febrero. Lo característico de la tipificación de esta conducta no son los elementos constitutivos del delito, pues la descripción es similar a la contenida en la ley del 2005 y su reforma en 2010, lo que difiere es la aplicación de las penas que son más elevadas, de esta manera el techo máximo es de 10 a 13 años de prisión.⁸

Dicha decisión legislativa se relacionaba con el sentimiento de inseguridad, que a nivel regional se presentaba como consecuencia del crecimiento de las actividades criminales transnacionales. Ante esto se optó como mecanismo eficaz contra la delincuencia organizada la tipificación de delitos de peligro y su elevación punitiva, como es el caso de lavado de activos. Cabe destacar que se había expedido varios reglamentos respecto al control e incautación de bienes obtenidos de manera irregular, como complemento a la ley anteriormente señalada, por ejemplo, se promulgó el Reglamento de Depósito de Bienes Aprehendidos e Incautados al Consejo Nacional de Control de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes (CONSEP) publicado en Registro Oficial del 26 de febrero de 1996, en el cual se establecía los parámetros de control del manejo de patrimonios presuntamente ilícitos.

Si bien con la vigencia del COIP, se derogó la Ley 2010, el legislador incluyó en el ordenamiento jurídico nacional una nueva ley para erradicar el lavado, la cual contiene parámetros y normas vinculadas en su mayoría al tratamiento del delito desde una perspectiva administrativa preventiva con el fin de regular y establecer qué instituciones son las encargadas de controlar e impedir dicha conducta punible. La Ley Orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y el financiamiento de delitos (en adelante solo Ley 2016), fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 802 del 21 de julio

⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero del 2014, art. 317.

del 2016, y se caracteriza por contener normas específicas respecto a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (en adelante solo UAFAE) de la que en el próximo capítulo se estudiará a profundidad.

En el marco preventivo del lavado de activos existen otro tipo de cuerpos normativos, que hacen referencia a la facultad sancionatoria y regulatoria contenida en el COIP y la Ley 2016, como por ejemplo el Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial Suplemento N°332 del 12 de septiembre del 2014, cuyo artículo 243 y 244 establecen lo siguiente:

Art. 243.- Lavado de activos y financiamiento de delitos como el terrorismo. Las infracciones sobre lavado de activos y financiamiento de delitos como el terrorismo, se sancionarán de conformidad con las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal y la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos.⁹

Art. 244.- Control y prevención de lavado de activos. Las entidades del sistema financiero nacional tienen la obligación de establecer sistemas de control interno para la prevención de delitos, incluidos el lavado de activos y el financiamiento de delitos como el terrorismo, en todas las operaciones financieras.¹⁰

Al respecto es necesario recalcar que los mecanismos de prevención sobre este delito se han enfocado más en una política de agravación de penas, que en el nivel de capacitación técnico e investigativo que deben manejar las autoridades de control y funcionarios judiciales. El recorrido histórico referente al marco legal ha demostrado que el legislador ecuatoriano ha visto como salida más factible la aplicación de penas fuertes que sin un modelo técnico especializado de investigación, podría limitar drásticamente ciertos derechos de los indiciados, y contradecir el modelo garantista respaldado en la Constitución de la República del Ecuador.¹¹ Es decir, existe un contrasentido provocado por la injerencia de los países hegemónicos en la política social y penal interna de las naciones descentralizadas.

Como se ha establecido, desde la perspectiva histórica, el temor de la comunidad internacional reflejada en un sentimiento de inseguridad generalizada, propio de un *Derecho Penal de Riesgo*,¹² conllevó a que en gran parte de legislaciones a nivel mundial se tipifique

⁹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre del 2014, art. 243.

¹⁰ *Ibíd.*, art.244.

¹¹ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre del 2008.

¹² Concepto abordado en Alemania por la Escuela de Frankfurt para contradecir el núcleo del Derecho Penal Clásico, en el que el Derecho Penal se expande a conductas consideradas un peligro o riesgo en las sociedades modernas, sobre todo en sectores en los que bajo la estructura clásica no se tomaban en cuenta, el

el lavado de activos como un delito *autónomo*. Situación similar ocurrió con otras conductas ilícitas consideradas como delitos de peligro, tales como, tráfico de armas, drogas, y terrorismo considerados ejes principales de la estructuración de grupos criminales organizados.

Los países hegemónicos tienen como principal objetivo atacar los efectos provenientes de ciertos delitos, es decir dineros y bienes que constituyen el objeto material del lavado de activos, para que los grupos criminales sean destruidos. Aquello es posible en la medida de que el tipo penal siempre prevea la separación del lavado de activos con la conducta ilícita fuente, es decir, la independencia total frente al delito origen, pero además requiere un proceso investigativo diferente, es decir siempre contará con una autonomía sustantiva y procesal.

El problema no está en reconocer que el lavado de activos configura un delito diferente de la conducta subyacente, sino respecto a la aplicación de la autonomía sustantiva en la práctica, pues en contextos jurídicos locales como es el caso ecuatoriano, un procedimiento sin regulación técnica podría crear obstáculos en la consecución de la investigación penal y control del debido proceso, como se explicará con mayor detenimiento más adelante. En este sentido, Mónica Serrano establece: “En realidad, allí donde persiste una demanda pública significativa de la actividad proscrita, la aplicación desmedida de la ley puede llevar a una situación paradójica. Me refiero a que la “la aplicación exitosa” de la ley de hecho puede estimular el mercado criminal, independientemente de si la demanda la satisfacen organizaciones tipo mafia o tipo red”.¹³

Lo anteriormente señalado, ejemplifica que los parámetros históricos preventivos contra grupos criminales, tales como crear enemigos y conceptos como el de inseguridad ciudadana respaldan soluciones poco efectivas basadas en un derecho penal expansionista compatible con las supuestas necesidades que requiere una *sociedad de riesgo*,¹⁴ tendiente

medioambiente, el mercado, el desarrollo económico de un país que se ven amenazados por un nuevo tipo de ilícitos como por ejemplo el lavado de activos. Mario Spangenberg Bolívar, “El derecho penal del riesgo globalizado. Desafíos para un derecho penal legítimo y transnacionalmente objetivo”, *Revista de Derecho UCUDAL* 2, n.º 15 (2017):260, doi: <https://doi.org/10.22235/rd.v1i15.1377>.

¹³ Mónica Serrano, *Crimen Transnacional organizado y seguridad internacional: Cambio y continuidad*, trad. Isabel Vericat Núñez (México D.F.: Fondo de cultura económica, 2005), 34.

¹⁴ “La sociedad actual ha sido calificada como sociedad del riesgo, concepto acuñado por el sociólogo alemán ULRICH BECK en 1986 en su obra *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. [...] Dicha sociedad se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado.”

siempre a buscar en los máximos techos punitivos la solución para limitar las operaciones de dichas bandas delincuenciales transnacionales, provocando un resultado contrario al escrutado, esto es acrecentar sus actividades. Este criterio es compartido por Félix Herzog:

Quien quiera perseguir con el Derecho Penal previsiones de existencia (*Daseinsvorsorge*), debe crear delitos en el campo previo a las lesiones de bienes jurídicos -todavía más exactamente: en el campo previo a las lesiones de bienes jurídicos universales-. Debe, a tenor de la complejidad de los posibles sucesos dañosos y de los problemas de imputación a ellos vinculados, describir ya típicamente estructuras de peligro y permitir que baste para la imputación en estas estructuras la mera actuación. Para el ámbito de las investigaciones se borran por ello las fronteras entre los instrumentos represivos y reactivos del Derecho Penal y los instrumentos preventivos y proactivos de la policía. *Un Derecho Penal tal no logra con todo cambio estructural; lo que se esconde tras el discurso de los déficits de ejecución es la circunstancia de que el Derecho Penal del riesgo corre tras un decreciente entendimiento social normativo y no es en absoluto un medio adecuado para establecer un mínimo ético-social de la sociedad del riesgo. Esta problemática se examina también en los tipos penales y en la praxis de la persecución penal.*¹⁵

Lo mismo ocurre con la tipificación de conductas como el delito de lavado de activos, que en la legislación ecuatoriana solo llegó a ser determinado como delito autónomo *per se* en el 2014 con la expedición del COIP, pero sin que el legislador haga consideraciones técnicas y sociales sobre la realidad que vive el sistema penal nacional, en cuanto a investigación y respecto al debido proceso. Es decir, se maneja la consigna planteada por las naciones hegemónicas, de que entre más grave sea la pena mayor será la efectividad de solventar la corrupción y delincuencia transnacional.

1.2. Conceptualización del lavado de activos en el sistema penal ecuatoriano

Elaborar un concepto integral sobre lavado de activos requiere entender la fuente que origina dicha actividad ilegal, es decir el delito previo o conducta subyacente. A nivel regional en un inicio se entendía que dicho ilícito previo estaba vinculado con el tráfico de sustancias estupefacientes, posteriormente fue ampliándose esta fuente hacia otras conductas como el tráfico de armas, el terrorismo, trata de humanos etc. En este sentido, el lavado de activos se explicaba como una actividad tendiente a ocultar, disimular y transferir bienes

María José Jiménez Días, “Sociedad de riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Universidad de Granada), n.º 16 (2014):2, url: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>.

¹⁵ Félix Herzog, “Sociedad del riesgo, derecho penal de riesgo, regulación del riesgo: Perspectivas más allá del derecho penal”, en *Critica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, coord. Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, y Adán Nieto Martín Arroyo (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), 255, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/12sociedad-del-riesgo-derecho-penal-del-riesgo-regulacion-del-riesgo.pdf>.

provenientes de conductas ilícitas, por ello que la política de prevención trazada por la comunidad internacional principalmente se dirigió a desarticular bandas criminales, posteriormente el objetivo se extendió para evitar el uso e introducción de esos bienes en el flujo financiero. Al respecto establece Guillermo Jorge: “en lugar de desactivar grupos criminales que generaban ingresos ilegalmente, el objetivo central es ahora el de atacar esos ingresos luego de que han sido generados”.¹⁶

En el caso ecuatoriano, Paulina Araujo establece que el origen del delito no está únicamente en las conductas vinculadas al tráfico de drogas (como en el panorama internacional se ha trazado desde la década de los ochenta), sino existe una multiplicidad de fuentes y actividades conocidas como delitos fuente de las que parte el ocultamiento, transferencia y colocación de activos ilícitos en el flujo económico legal. La autora señala al respecto:

En la actualidad, se ha superado la idea de que el blanqueo, lavado o reciclaje de dinero proviene únicamente de los delitos vinculados a sustancias prohibidas, sino que esos *activos ilícitos tienen relación directa con la comisión de una o varias figura delictivas, sea cual fuere el bien jurídico lesionado*; no en vano en los Estados contemporáneos se trata al blanqueo de capitales como un tema central de la política criminal, precisamente para evitar que flujos monetarios ilegales y encubiertos ingresen al sistema económico, lo distorsionen y afecten al orden socioeconómico.¹⁷

Ahora bien, existen múltiples acepciones utilizadas para referirse al lavado de activos, algunos autores prefieren llamarlo blanqueo de capitales, lavado de dinero, operaciones con recurso de procedencia ilícita, o legitimación de capitales. Para la investigación en curso y acorde a la legislación nacional el término adecuado es lavado de activos, que implica una actividad en la cual se pretende dar apariencia lícita a bienes provenientes de una actividad delictiva, colocándolos en el mercado monetario legal.

Guillermo Jorge explica que este concepto fue acuñado en los años veinte en Estados Unidos, y desarrollado en la década de los ochenta, el autor señala: “El lavado de dinero es el proceso por el cual se oculta la existencia o aplicación de ingresos de fuente ilícita y luego se disfraza para hacerlos parecer lícitos”.¹⁸ Es importante indicar además la explicación dada

¹⁶ Guillermo Jorge, *Recuperación de Activos de la Corrupción* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008), 4.

¹⁷ Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico: Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 259.

¹⁸ Jorge, *Recuperación de Activos de la Corrupción*, 5.

por Diego J. Gómez Iniesta sobre el lavado de activos, quien lo determina 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”.¹⁹

Se puede analizar que de los diversos conceptos abordados el lavado de activos implica dos grandes momentos, en primer lugar, conseguir los dineros o bienes originados de una actividad delictiva principalmente ejecutada por grandes grupos de delincuencia organizada, y en segundo lugar colocar esos dineros maculados en el flujo normal de capitales ocultando su apariencia ilegal a través de varios métodos que precisamente le dan esa fachada de actividad lícita a la conducta.

Desde una perspectiva de los efectos que puede producir este delito se establece que los grupos criminales usualmente buscan ocultar bienes generando una desestabilización del sistema económico que principalmente perjudica a los países descentralizados. Aquello se manifiesta por ejemplo con el aumento de precios en el mercado, ocasionando una precaria circulación de bienes y servicios que a largo plazo empobrece a las minorías e incrementa las finanzas de los grupos de poder, principalmente la banca y empresarios. Otro efecto, es el crecimiento de mecanismos de lavado, uno de los más conocido es el depósito del dinero en localidades sin control financiero ni un sistema de auditoria, como son los conocidos *paraísos fiscales*. Francisco Pérez Bermeo al respecto comenta: “En el mundo globalizado algunos bancos, a través de sus filiales ubicadas en paraísos fiscales, descubren nuevas posibilidades de negocio para el manejo de los dólares de los narcotraficantes, quienes no cobran intereses o rendimientos por sus depósitos, a cambio de la protección de fondos mediante el secreto bancario”.²⁰

El lavado de activos se considera por los autores de línea punitivista como una conducta que siempre va a estar conectada al delito subyacente, no obstante, es necesario el reconocimiento de su autonomía sustantiva y procesal, esto por diversas razones, una de ellas es el tiempo que puede tardar el abrir una investigación y juzgar el delito previo, lo que a su

¹⁹ Diego J. Gómez, *El delito de blanqueo de capitales en derecho español* (España: CEDECS, 1996), 21, citado en Olivo Rodríguez Huertas “Lavado de activos generalidades”, en *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, cont. Norma Bautista et.al. (Santo Domingo: USAID, 2005), 4.

²⁰ Francisco Enríquez Bermeo, “Ecuador en el circuito de lavado de activos”, *Perfil Criminológico*, n.º14 (2015): 4, url: <https://www.fiscalia.gob.ec/images/PerfilCriminologico/criminologico14.pdf>.

vez imposibilitaría apertura una investigación por el lavado de activos. Otra razón es que no siempre el bien jurídico que se protege en la conducta subyacente es el mismo respecto al lavado, en tanto las afectaciones pueden ser sociales, políticas, económicas, es decir es pluriofensivo, no obstante, se ha determinado que son dos bienes principales que se pretende proteger, el orden socio económico y la administración pública.²¹ Ejemplo para diferenciar lo anterior, se da en el tráfico de sustancias estupefacientes, pues se configura una afectación al bien jurídico protegido salud pública, pero la introducción ilícita de los bienes producto de ese delito da lugar a la afectación de otro bien jurídico, el orden socioeconómico.

Además, se puede establecer que el sujeto activo del lavado de activos no es siempre el mismo que el del delito fuente, en tanto el dolo del mismo puede ser de carácter eventual, esto es, no tener el conocimiento ni haber participado de la conducta previa, pero si saber que los bienes o dineros que están ocultando, convirtiendo o introduciendo en el mercado no tiene una procedencia lícita. Al respecto, Marcial Eloy Páucar Chappa citando un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Perú a través del Acuerdo Plenario N°03-2010/CJ-116, establece:

No es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de que delito previo se trata, ni cuando se cometió este, ni mucho menos quienes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas.²²

De lo anterior se desprende que, si en un ordenamiento jurídico se reconoce la autonomía procesal de lavado de dinero por las consideraciones antes establecidas, inevitablemente el proceso de investigación deber ser técnico, exhaustivo, y diferente respecto de las averiguaciones emprendidas en la comprobación de otro tipo de delitos. Esto considerando que en la mayoría de legislaciones se utilizan pruebas indiciarias, lo que no implica que los agentes investigadores y funcionarios de justicia por agilizar el proceso

²¹ Colegio de contadores públicos de México, “Prevención de lavado de dinero”, en *Boletín de Investigación de la Comisión de prevención de lavado de dinero*, n.º65 (2018) 3-11, url: <https://www.ccpm.org.mx/avisos/2018-2020/bien-juridico-prottegido.pdf>.

²² Corte Suprema de Justicia de Perú, “Acuerdo Plenario N°03-2010/CJ-1116”, citado en Marcial Eloy Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado de Activos* (Lima: ARA Editores, 2013), 63.

investigativo, inobserven principios constitucionales como la presunción de inocencia o inclusive el *non bis in ídem*, en el peor de los panoramas.

En el Ecuador ciertos autores explican que la estructura de dicha conducta típica está dirigida a enervar los efectos del delito, como son la ocultación y la inserción en la economía nacional, y a su vez poder debilitar los objetivos criminales de la delincuencia organizada, este es el enfoque preventivo para luchar contra dicha actividad ilícita. El legislador ecuatoriano ha adoptado el tipo penal con el término de lavado de activos dentro del artículo 317 del COIP de la siguiente manera:

Art. 317.- Lavado de activos. - La persona que en forma directa o indirecta: 1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito. 2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito. 3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos. 6. Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país. Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.²³

El legislador al momento de explicar el delito toma en cuenta las diferentes etapas que lo configuran, es decir toma varios verbos rectores desde la transferencia hasta el ingreso de los activos ilegales en el mercado licito de libre circulación monetaria. Como se había señalado anteriormente la forma de tipificar el delito en el COIP, no difiere de manera extensa de la esbozada en la Ley 2010, pues contiene los mismos verbos rectores, sujetándose a la definición contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, a la cual el país se adhirió el 25 de noviembre del 2005, bajo el Registro Oficial Suplemento N°153:

Artículo 3.1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: [...] b) i) *la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen*

²³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317.

ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos [...].²⁴

Es claro que el legislador ecuatoriano mantuvo la definición del delito de lavado de activos, tanto en la Ley 2010, como en el COIP, con los mismos verbos rectores, principalmente la transferencia y ocultación. La finalidad como ya se estableció es reducir las ganancias provenientes de una pluralidad de delitos principalmente del tráfico de drogas ejecutadas por bandas criminales para que aquel lucro ya no resulte atractivo y de esta manera pueda reducirse su actividad. Empero, la calidad en cuanto a la redacción de dicho artículo introducido en la Convención y acoplado en las legislaciones locales, puede resultar un tanto redundante y compleja respecto de las adaptaciones de la mayor parte de naciones cuyo fin es luchar contra la delincuencia organizada, como lo establece Eduardo Fabián Caparros:

[...] se trata de una redacción deliberadamente redundante y abierta, destinada a servir de base a un número creciente de Estados que, en el ejercicio de su potestad punitiva, deben esforzarse por adaptar sus obligaciones internacionales a sus respectivas estructuras jurídicas internas. En concreto, el art. 3.º de la Convención hace pivotar sus exigencias sobre los Estados miembro en torno a tres conductas rectoras: ocultar, intentar ocultar y disfrutar de los bienes que constituyen el objeto de blanqueo.²⁵

De lo expuesto se determina que dentro de la legislación ecuatoriana la construcción del lavado de activos se adaptó al marco internacional trazado en la Convención de Viena de 1988, esto es desde un enfoque altamente preventivo, en el que se toma como delito subyacente de manera principal el tráfico de sustancias estupefacientes. Claramente la consigna internacional y el desarrollo de la criminalidad organizada han generado que nuevos delitos especialmente de tipo económicos deban ser analizados como fuentes de lavado de activos. Es por ello que el enfoque de la Convención en la actualidad ha generado que las reformas locales estén orientadas al control del delito, y a la eficacia del sistema judicial, no

²⁴ONU Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, 20 de diciembre de 1988, art.3.

²⁵ Eduardo Fabián Caparros, “La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía , y el bien jurídico protegido”, en *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, Isidoro Blanco Cordero et al.(Washington D.C.: Organización de Estados Americanos), accedido el 15 de diciembre del 2018, 17, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/oea%20cicad%20libro%204%20edicion.pdf.

obstante, y como más adelante se establecerá existe la duda de si en la práctica el sistema de investigación y control cumple con los criterios técnicos recomendados por organismos internacionales de lucha contra el lavado de activos, y si aquello no transgrede el debido proceso.

2. Ciclo de lavado de activos

Anteriormente se mencionó que el artículo 317 del COIP, tienen una multiplicidad de verbos rectores, tales como poseer, trasferir, ocultar etc. Dentro de dicha norma, aquellos verbos rectores también tienen la significación de ser etapas del proceso delictivo. Analizar el ciclo de lavado de dinero comprende un estudio del proceso de perfeccionamiento del delito, lo que implica la separación del delito fuente respecto al lavado de activos *per se*. El GAFI señala tres fases principales de este delito: Colocación, Superposición e Integración, que serán estudiadas a continuación.

2.1. Colocación o *placement*

En esta etapa el producto del delito origen es situado en el tráfico legal bienes, en sumas de dinero ínfimas que son menos sospechosas ubicadas en cuentas bancarias mediante transferencias, depósitos y otras operaciones tendientes a obstaculizar el control del ilícito. En países con economías de corte liberal esta fase de lavado resulta ser mucho más fácil de emprender.²⁶

Son múltiples los mecanismos a través de los cuales se facilita el fraccionamiento de las grandes cantidades de activos ilícitos en sumas pequeñas. Principalmente puede establecerse cuatro como los más comunes. En primer lugar, las entidades bancarias constituyen verdaderos puentes entre la actividad ilícita principal y el ingreso en el mercado monetario legal de los capitales fraudulentos. Para Blanco Cordero:

[...]los bancos constituyen la puerta más accesible para introducir el dinero de origen delictivo en la economía legítima. El inconveniente radica en que la normativa actual sobre prevención del blanqueo de activos impide que nadie pueda presentarse en una entidad financiera con una gran suma de dinero efectivo, sin despertar ciertas prevenciones. Una solución para el blanqueador es la participación consciente del empleado en la operación, obviamente tras haberlo corrompido, otro es el fraccionamiento en pequeños ingresos de la suma, lo que se conoce como pitufo, *smurfing*. El blanqueador fracciona los activos en

²⁶ Juan Hdez. Viguera, *Los paraísos fiscales: Como los centros offshore socavan las democracias* (Madrid: Ediciones AKAL, 2009), 170.

medidas inferiores, que los pitufos u hormigas blanquean, siempre por valor inferior al que establezca la normativa para registrar las transacciones.²⁷

Es decir, para evitar que las principales instituciones de control vigilen el ingreso de bienes en el sistema económico de un país, la alianza entre los grupos criminales con los operarios financieros es crucial, aquello se logra con la falsificación de informes o documentos de control, es por ello que podría originarse complicidad en este delito. Este mecanismo ha sido el principal motivo para que las Unidades de Control Financiero requieran oficiales de cumplimiento que reporten mes a mes las operaciones financieras de las entidades bancarias.

En segundo lugar, este proceso se da mediante casas de cambio o entidades financieras no convencionales con el propósito de colocar los bienes maculados mediante cheques anónimos, canje de oro y otro tipo de intercambios, ocultándose así la identidad de los titulares de dichos activos. En tercer lugar, se identifica como mecanismo de colocación la fusión de activos lícitos e ilícitos mediante actividades empresariales a gran escala sean supermercados, estaciones de expendio de gasolina, al respecto Olivo Rodríguez Huertas opina: “Estos negocios suelen ser utilizados en la práctica como meras pantallas para poder justificar el depósito de cantidades significativas en efectivo. Lo que caracteriza esta forma de colocación de recursos en efectivo, proveniente de actividades delictivas es su mezcla con fondos que tienen su origen en operaciones lícitas”.²⁸

Finalmente, y el más común está en el depósito de los capitales en paraísos fiscales u *off shore* “que son aquellas jurisdicciones fiscales, o demarcaciones acotadas legalmente, que no requieren la residencia de los operadores financieros en el territorio y que, junto a otras características, configuran una zona privilegiada fiscalmente y opaca [...]”.²⁹ Es por ello que resulta atractivo el depósito e inversiones en dichos territorios debido a la falta de control financiero.

²⁷ Isidoro Blanco Cordero, *Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales* (Granada: 1999),2, citado en Juan Carlos Calvache Recalde, “Análisis de los mecanismos administrativos de control implementados en la legislación ecuatoriana para detener el delito de lavado de activos” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 20, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4787/1/T1799-MDE-Calvache-Analisis.pdf>.

²⁸ Gómez, *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, 7.

²⁹ Juan Hdez. Viguera, *El trasfondo de los paraísos fiscales* (España: ATTAC, 2006), 16, <https://es.slideshare.net/sergiomesa3/libro-el-trasfondo-de-los-paraisos-fiscales>.

2.2. Superposición o *layering*

En esta fase el origen de los capitales ilícitos es disfrazado extendiendo las operaciones de transacción en cuentas internacionales.³⁰ Dentro de esta etapa de desarrollo del delito es fundamental el valerse de la actividad de las instituciones financieras, pues al manejar información sensible y reservada es difícil que las autoridades de control puedan actuar efectivamente para investigar indicios de operaciones inusuales. De lo anterior la opinión de Eduardo Fabián Caparros es la siguiente:

Una de las formas más discretas de canalizar dinero de un punto a otro consiste en valerse de mecanismos de compensación entre dos oficinas de una misma institución financiera, estén o no ubicadas bajo una misma jurisdicción. En estos casos, los dispositivos oficiales de detección de operaciones sospechosas suelen revelarse ineficaces, toda vez que estos movimientos se verifican puertas adentro de una misma entidad, generalmente ajenos a los controles que pudieran proceder del exterior de la misma.³¹

Es así que los activos circulan con normalidad dentro de la economía de un país desvinculándolos de la conducta subyacente. Los mecanismos pueden variar, desde la transformación de capital efectivo en otro medio de pago, reventa de bienes adquiridos en efectivo y transacciones virtuales. Para evitar la ejecución de esta fase resulta importante reducir la reserva del sigilo bancario, aquello es reconocido en la mayoría de legislaciones antilavado. En la legislación ecuatoriana se encuentra contenido en el artículo 26 de la Ley 2016: “En ningún caso, los sujetos obligados a informar, podrán invocar el sigilo o reserva bancarias, ni el secreto profesional o fiscal, para negar el acceso o demorar la entrega de la información solicitada, en el ámbito de la competencia de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE)”.³²

Desde una primera observación podría considerarse un detrimento al derecho a la intimidad de una persona, no obstante, y como se estudiará a fondo en el Capítulo tercero de esta investigación, tener como base un requerimiento excepcional del órgano de prevención y control sustentado por elementos que puedan indicar la ejecución de operaciones inusuales limita que exista tal vulneración de derechos, pues adquiere un carácter excepcional y emergente.

³⁰ Hdez. Viguera, *Los paraísos fiscales*, 170.

³¹ Caparros, “La fenomenología del lavado de dinero”, 80.

³² Ecuador, *Ley orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*, Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016, art. 26.

2.3. Reciclado o *integration*

Finalmente, se puede indicar una tercera etapa, el *Reciclado o integration*, en la que el dinero nuevamente es accesible a través de operaciones financieras legítimas sin necesidad de riesgo.³³ Es el punto culminante en la cual el producto del delito se legitima dentro de la económica local y global, para ello los blanqueadores se valen de estrategias de inversión para hacer dificultosa la distinción entre los dineros de origen lícito de los obtenidos mediante la actividad criminal .

El objetivo de quienes están detrás del lavado de dinero no es realmente el de invertir, pues aquello conllevaría el esperar una rentabilidad a largo plazo, el fin es confundir a los agentes de control, reingresando el dinero sucio en el mercado lícito en espacios del sector económico en los cuales es difícil descubrir bienes provenientes de una actividad delictiva. Caparros en este punto señala:

[...] no debe de extrañar que las redes de blanqueo se entreguen a la administración de negocios que, si bien pueden ser absolutamente ruinosos, puedan operar a modo de magníficas “lavadoras” en las que dotar de apariencia lícita a cuantos beneficios ilegales se presenten. Con todo, si realizáramos una valoración del problema que trascendiera más allá de esa perspectiva puramente pecuniaria, quizás fuera más fácil aceptar el concepto de inversión antes indicado, pues el beneficio que implica el pacífico disfrute de unas rentas ilícitas puede compensar con creces los costes derivados de las pérdidas dinerarias en las que se incurriere.³⁴

Como se puede observar, el desarrollo de lavado de activos resulta complejo, los momentos de configuración del tipo penal anteriormente analizados son señalados por el GAFI como los más importantes del ciclo de lavado, además de ser comúnmente utilizados para la ejecución delictiva en la mayoría de países. Sin embargo, autores como José Collado Medina y Alicia Rodríguez Núñez indican que existe un ciclo de desarrollo más completo basado en el *Modelo de Zund*. Dicho esquema remite una analogía con el curso hidrológico en la naturaleza, señala siete fases: precipitación, producción de cantidades pequeñas de dinero; infiltración, en la que las sumas obtenidas se incrementan; corrientes de aguas subterráneas, cuando el dinero se trasfiere a otros destinos y se transforma; desagüe, implica que el dinero sea depositado en el extranjero, nueva acumulación y estación de bombeo, en

³³ Viguera, *Los paraísos fiscales*, 170.

³⁴ Caparros, “La fenomenología del lavado de dinero”, 86.

la que el dinero regresa a la organización; estación de depuración y aprovechamiento, remite a que el dinero es disfrazado de legal para evitar su control; y evaporación y precipitación, cuando se consuma la finalidad de aprovechamiento de los activos ilícitos.³⁵

Es importante aclarar el ciclo de desarrollo del delito objeto de este tema de investigación para entender no solo la estructura del tipo penal dentro de nuestro sistema penal, sino las discusiones teóricas sobre la autonomía del lavado de activos, y como se verá a continuación es eje principal para determinar los óbices que pueden existir respecto al proceso de investigación y garantismo penal.

3. Naturaleza autónoma del ilícito

El carácter autónomo del lavado de activos ha sido uno de los constantes dilemas que giran en torno al desarrollo normativo y preventivo del mismo. Si bien parte de una conducta subyacente, este delito no puede juzgarse como parte de aquella, pues el bien jurídico protegido no siempre coincide, es decir, el delito fuente persigue una finalidad distinta al lavado de activos. A continuación, se analizarán los dos tipos de autonomía que involucra la tipificación de lavado de activos, tanto sustantiva como procesal.

3.1. Autonomía sustantiva

Tipificar el lavado de activos, es la significación de la autonomía sustantiva, en tanto determinarlo como delito, hace posible su desvinculación parcial respecto de la conducta subyacente, que en teoría le dio origen. La doctrina es generalizada en establecer que la autonomía sustantiva debe ser limitada, en tanto si bien el lavado de activos tiene conexidad con el delito fuente, a fin de establecer un proceso investigativo independiente de la conducta que da origen al lavado de activos, el legislador debe construir un tipo penal distinto que lo sancione. Es por esto que la autonomía sustantiva es un requerimiento que la mayoría de los países debe incluir en sus legislaciones penales como estrategia para efectivizar la lucha contra la delincuencia organizada, caso contrario implica dejar en la impunidad dichas conductas ilícitas. Al respecto Tomás Aladino Gálvez Villegas explica:

Por nuestra parte defendemos la autonomía procesal plena y una autonomía material relativa, esto es que, si bien el delito de lavado de activos es procesal y materialmente autónomo, de todos modos, los activos materia del lavado deben vincularse razonablemente a alguna

³⁵ José Collado Medina y Alicia Rodríguez Núñez, “El blanqueo de capitales: una aproximación”, en *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, coord. Alicia Rodríguez Núñez (Madrid: Dykinson S.L.,2013), 635.

actividad criminal previa, sin que esta llegue a ser un elemento objetivo del tipo; lo que además no exige acreditar la actividad criminal precedente en un debido proceso, ni previa ni simultáneamente.³⁶

Ahora bien, se debe aclarar que la autonomía sustantiva no es total, pues el lavado de activos indubitadamente se relaciona con el delito precedente, caso contrario, degeneraría la naturaleza por la cual ha sido tipificado y posteriormente investigado. No se encuentran definiciones exactas sobre el principio de autonomía sustantiva, empero en un estudio realizado por el Centro Interamericano para el Control de Abuso de Drogas (CICAD) se determina que la materialidad de la autonomía implica que el producto ilegal de delito origen es considerado por el legislador como un delito distinto y es por ello que merece una tipificación propia. En dicho análisis se establece:

La autonomía del delito de lavado se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito, esto es el origen delictivo de los bienes lavados puede ser comprobado por cualquier medio legal. No es indispensable una sentencia de condena por el delito básico de tráfico de drogas u otro delito grave, se debería permitir la prueba del origen delictivo de los activos por cualquier medio.³⁷

La independencia material limitada de este delito, no solo tienen su razón de ser en evitar la impunidad las actividades de la delincuencia organizada, sino además y como explica Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca existen otros motivos que la hacen indispensable para evitar y combatir dicha criminalidad; en primer lugar la imputación propia del lavado de activos cuyo bien jurídico protegido es diferente de la conducta subyacente; en segundo lugar para diferenciar su objeto material con el delito fuente, en tercer lugar determinar que no necesariamente el autor de lavado de activos pueda haber sido autor o participe del delito previamente cometido (este criterio es de suma importancia para evaluar el grado de participación y evitar una violación al principio de imputación necesaria y *non bis in ídem* como se verá en adelante); y finalmente, poder fijar una pena diferente a la del

³⁶ Tomás Aladino Gálvez Villegas, “Autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo”, *Dialogo con la Jurisprudencia* (Universidad de San Marcos) n.º213(2016):19, url: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/837B05C029D6255B0525825000745732/\\$FILE/DJ213.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/837B05C029D6255B0525825000745732/$FILE/DJ213.PDF).

³⁷ Ricardo Pinto y Ophelie Chevalier, “El delito de lavado de activos como delito autónomo: Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria”, *Comisión interamericana para el control del abuso de drogas*, accedido 02 de enero de 2019, 5, www.cicad.oas.org.

delito origen, pues de aquello depende que no se cometan actos de injusticia en el momento de emitir una resolución por este delito.³⁸

Se puede extraer de los criterios abordados anteriormente la autonomía sustantiva está justificada dentro de un corriente legalista y de prevención, pues por un lado se parte de la lógica de que el lavado de activos nace de otra conducta presumiblemente ilícita, es necesario tipificarla para poder en cierto sentido debilitar la estructura de las organizaciones criminales, atacando los resultados económicos de sus conductas delictivas.

3.2. Autonomía procesal

Es en este punto es necesario analizar el segundo tipo de autonomía en torno a este delito, es decir la autonomía procesal o adjetiva, la que permite realizar una investigación judicial distinta de la averiguación de las circunstancias que rodean al delito fuente. Aquello para el profesor Páucar Chappa implica:

[...] la independencia que mantiene respecto a investigaciones o juzgamientos de delitos que pudieron dar origen al dinero, bienes, efectos o ganancias involucrado en las operaciones de lavado de activos. El tipo penal de lavado de activos hace mención al elemento «origen ilícito» y no «delito específico precedente», a partir de aquí es que se gesta el nacimiento de lo que se deberá probar en la investigación por delito de lavado de activos en cualquiera de sus modalidades.³⁹

La falta de prejudicialidad (ausencia de la investigación o condena del delito precedente), es el núcleo que permite el reconocimiento de la autonomía procesal del lavado de activos. Ante esto el legislador ecuatoriano ha determinado como irrelevante que la conducta previa haya sido catalogada como delito, tampoco que se haya iniciado un proceso penal respecto a la misma, en tanto la autonomía procesal del lavado permite realizar una investigación independientemente de si la conducta previa, haya sido investigada y juzgada. Sin embargo, parte de la doctrina no está de acuerdo con la naturaleza procesal autónoma del delito, pues se entiende que iniciar un proceso judicial sin tener clara la existencia de una

³⁸Fidel Nicolás Mendoza Llamapconcca, “El delito fuente en el lavado de activos”, en *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, Anuario de derecho penal 2013-2014, coord. Fidel Nicolás Mendoza Llamapconcca (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú/Fondo Editorial, 2016), 325-30, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_11.pdf.

³⁹ Marcial Eloy Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado de Activos* (Lima: ARA Editores, 2013), 59.

conducta subyacente, desconocería el debido proceso y podría contrariar gravemente derechos importantísimos de los presuntos implicados.

Lo anterior pretende ser resuelto aplicando el estándar de prueba indiciara con el que se comprueba no el cometimiento del delito fuente, sino el origen ilícito de lavado de activos. Empero aquello puede traducirse en una vulneración del debido proceso y presunción de inocencia si únicamente se toma en cuenta la no justificación del origen de los activos de una persona para su posterior sanción, pues aquello puede bastar para iniciar una investigación, pero no para emitir una resolución condenatoria. El proceso de investigación basado en este tipo de prueba debe estar acompañado de una técnica especializada, además de requerir un conjunto de elementos probatorios para determinar que el origen de los bienes son efectivamente producto de una actividad. Como explica Mendoza Llamacponcca:

Carece de legalidad calificar al «incremento de patrimonio no justificado» como la base sobre la cual se formalicen investigaciones. Sin duda es un indicio relevante de fundamento objetivo; pero por sí solo es insuficiente no solo para el establecimiento de una condena (por lavado), sino para decidirse a formalizar la investigación preparatoria o formular acusación.⁴⁰

Existen autores que defienden la autonomía procesal como característica básica para descubrir el blanqueo de capitales, sin importar el grado de conexión sustantiva con el delito previo. Para ello, Rómulo Rhemo Palitot Braga, por una parte y Alfonso Zambrano Pasquel, por otra, se insertan en el análisis de un Derecho Penal del Enemigo. En el primer caso la postura del autor es clara, la accesoriedad del delito es de carácter sustantivo, pero el procesamiento e investigación es independiente del delito previo, lo que evita dilaciones respecto al juzgamiento del blanqueo de capitales debido a la falta de sanción de la conducta que dio origen a la dicha actividad. Para el autor la única manera de acabar con la delincuencia organizada y no dejar en la impunidad dicho delito es robustecer la legislación penal, estructurar de mejor manera la política penal e indagar la fuente de lavado de capitales, sin importar que dicho origen no haya sido determinado como una conducta típica a través de un procedimiento judicial.⁴¹

⁴⁰ Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, “El delito fuente en el lavado de activos”, 323.

⁴¹ Rómulo Rhemo Palitot Braga y Arthur Einstein Apolinario Soto, “Perspectiva dogmática del lavado de dinero en el sistema penal brasilero”, en *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, comp. Álvaro Vargas y Renato Vargas Lozano (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda/Grupo de Investigaciones en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas, 2017) ,62.

En la misma línea, el profesor Zambrano Pasquel explica desde la perspectiva de Günter Jakobs, la necesidad de enfrentar el miedo generado en la sociedad por los actos de la criminalidad moderna, mediante la identificación de los *enemigos*, tratando de debilitarlos anticipando la pena a estadios previos al delito que se quiere juzgar, esto invita a pensar que la postura del autor se centra en justificar la autonomía del delito como un medio para juzgarlo sin necesidad de indagar el tipo previo o fuente al lavado. En palabras del autor citando a Jakobs: “Las garantías procesales son recortadas y suprimidas”.⁴²

La postura de estos dos autores respecto a la autonomía del lavado de activos es contradicha por Raúl Pariona Arana, quien formula un tesis de lo ilógico jurídico en la tendencia a defender y consagrar la autonomía procesal y sustantiva del blanqueo de capitales, en tanto no puede investigarse un hecho delictivo en base a otro que todavía no ha sido juzgado como tal, si bien como elemento normativo en gran parte de las legislaciones no se hace referencia al delito previo, si se habla de un origen ilícito, pero aquella ilicitud debe ser comprobada teniendo como punto de partida un tipo penal previamente resuelto del cual se extraiga un presunto lavado de activos. El autor establece:

Conforme a la lógica jurídica, para afirmar que los bienes son de «origen ilícito», hay que probar precisamente que son de origen ilícito; y para probar ello, hay que demostrar que provienen de determinado delito. No es conforme a la lógica afirmar que «los bienes son de origen ilícito porque se ha probado que tienen origen ilícito», sin probar que provienen de determinado delito. Este errado intento de justificación se basa en un razonamiento circular y constituye una *petitio principii*, pues presupone aquello que precisamente debería probar.⁴³

De las posturas analizadas, si bien pareciere la tesis que considera inadecuada la autonomía procesal sería la más coherente ante un sistema procesal penal garantista como el que se tiene en la actualidad, el descubrimiento de la verdad procesal es imperioso para combatir la corrupción y otros delitos cometido por los grupos de criminalidad organizada. Dicho esto, es necesaria que la investigación sea aún más exhaustiva y estructurada, pues al ser el lavado de activos un delito cuya comprobación parte de una prueba indiciaria, el riesgo

⁴² Alfonso Zambrano Pasquel, *Lavado de activos: Aproximaciones desde la imputación objetiva y la autoría mediata* (Quito: Corporación de Estudios y publicaciones, 2010),150.

⁴³ Raúl Pariona Arana, “Consideraciones sobre la llamada autonomía del delito de lavado de activos”, en *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, coord. Fidel Nicolás Mendoza Llamapconcca (Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, 2016), 368, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_12.pdf.

de contravenir derechos y garantías del procesado es más elevado que en otros delitos en los que se parte de pruebas directas y mucho más claras.

La autonomía del delito del lavado de activos es ineludible para consolidar un sistema legislativo tendiente a obstaculizar grupos de delincuencia organizada transnacional, pero debe vincularse con un estándar probatorio de calidad, para evitar la inobservancia de las garantías del debido proceso, en tanto el principio de inocencia puede ser vulnerado por la falta de una investigación adecuada a los lineamientos y estándares internacionales del GAFI, y porque el elemento probatorio principal como se ha dicho anteriormente no es un delito previamente juzgado sino indicios que deben solventarse mediante el nivel de técnica y capacitación requerida en los agentes investigativos.

Para analizar lo anterior, algunos autores consultados para la elaboración de la parte teórica de este tema se insertan en una perspectiva punitiva mínima, apegada al principio de presunción de inocencia y debido proceso, como es el caso de Daniel Pisfil y Ramiro García Falconí, quienes establecen que el estado de inocencia de una persona no puede ser desacreditado a través de elementos probatorios sin sustento que no generen en el juzgador el convencimiento suficiente sobre los hechos controvertidos dentro de un procedimiento penal, es decir, los límites a la potestad punitiva deben oponerse a un ejercicio investigativo que implique vacíos en la certeza de la existencia del delito y la identificación de los responsables. Por ejemplo, García Falconí en este punto establece:

Ante las posiciones doctrinales favorables a la relajación de la presunción de inocencia para determinados delitos (corrupción económica y administrativa) o para los cometidos por organizaciones criminales o terroristas, llegando incluso, a mostrarse favorables a la introducción de reglas de inversión de la carga de la prueba, de un Derecho Procesal del enemigo, que conllevaría una grave e inaceptable quiebra de los principios medulares de un proceso penal garantista so pretexto de evitar la impunidad.⁴⁴

Dicha postura no pretende justificar la impunidad respecto a casos de corrupción o delitos de tipo económico, tampoco desconocer la lucha contra la delincuencia organizada. Al contrario, se identifica que la solución no está en la represión ni en el derecho penal máximo, pues aplicando el mismo, en lugar de resultados positivos únicamente se ha obtenido investigaciones largas y poco fructíferas, así como acumulación procesal, lo que

⁴⁴ Ramiro García Falconí, Agustín Pérez Cruz, y Alba Guevara Bárcenas, *El proceso penal: derechos y garantías en el proceso penal* (Lima: ARA Editores, 2014), 250.

dificulta identificar a los líderes de las organizaciones criminales, por lo que se acaba sentenciado casi siempre a empleados de jerarquía inferior, violentado derechos y garantías, siendo peor el remedio que la enfermedad.

Antes del reconocimiento autónomo del delito de lavado de activos en la legislación vigente, ya existían posturas de tipo garantista que criticaban un posible detrimento de la presunción de inocencia, pero no desde el análisis de la autonomía sustantiva o procesal del tipo sino desde el *onus probandi*, pues en este tipo de casos se toma como fundamento para la iniciación de un proceso penal la prueba de carácter indirecto o indiciario reconocida en la legislación penal, esto al descartarse como requisito para la investigación de lavado de activos la necesidad de una sentencia condenatoria o la iniciación de un proceso penal acerca de la conducta subyacente. Es decir, se dudaba sobre la suficiencia de la prueba indiciaria para generar en los operadores de justicia convicción y claridad para emitir una resolución justa y respetuosa de las garantías del debido proceso. En esta línea, Daniel Pisfil, establece:

Este razonamiento judicial debe ser mencionado expresamente en la sentencia condenatoria, dado que, no se puede prescindir de la debida motivación, pues se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la motivación adecuada de las resoluciones judiciales, cayendo en la utilización “judicial” de meras sospechas, o probabilidades, para sustentar una condena, lo que resultaría totalmente nefasto en un Estado de Derecho, ya que estaríamos atentando con el derecho-principio a la presunción de inocencia [...].⁴⁵

En tal virtud, la problemática no gira alrededor de la naturaleza de la autonomía sustantiva (pues las estrategias y modelos investigativos internacionales han demostrado que la lucha antilavado no puede demorar por óbices como la prejudicialidad o procedibilidad), sino en el estándar y manejo probatorio. El criterio que esboza Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca refleja la necesidad de centrar dicho argumento en la importancia de los elementos probatorios recabados para demostrar la procedencia de los bienes obtenidos ilícitamente:

De acuerdo a lo expuesto, si bien no es necesaria la condena del delito fuente (o su descubrimiento) para el inicio de una investigación por lavado de activos; sin embargo, es indispensable acreditar —con una mínima actividad probatoria, al menos basada en prueba indiciaria— el «origen ilícito» de contenido delictivo (o delito fuente) de los bienes, dado su

⁴⁵ Daniel Pisfil, “La prueba indiciaria y su relevancia en el proceso penal”, *Revista de la Maestría en Derecho Penal*, n.º1 (2014): 126, url: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/issue/view/1004>.

condición de elemento objetivo del tipo. Dicha determinación probatoria puede producirse en un proceso paralelo al del lavado de activos, o efectuarse en el mismo procesamiento de lavado a fin que sea debido y razonablemente acreditado.⁴⁶

De toda la conceptualización expuesta sobre la autonomía del delito analizado, queda claro que su carácter sustantivo es manejado en la mayoría de legislaciones, y gran parte de la doctrina establece que el requisito de prejudicialidad no es necesario en tanto la investigación principie un origen ilícito de los bienes presuntamente provenientes de un delito, pues estos constituyen punto de partida para la consecución de un proceso investigativo. La prueba indiciaria respecto a la autonomía procesal devela la importancia de una mayor observancia del principio de presunción de inocencia y el debido proceso, respecto a otro tipo de tipos penal, precisamente por a la falta de claridad del cometimiento de la conducta subyacente. En la práctica mantener esta postura de independencia procesal en la configuración del lavado de activos vuelve compleja la aplicación del tipo si no se utiliza una técnica investigativa adecuada, razón por la cual se ha verificado que son pocos los casos resueltos, se toma como ejemplo un artículo publicado por el diario El Telégrafo en el que se establecía que de 11 casos de lavado de activos acaecidos en 2015, solo 4 llegaron a sentencia, mientras los demás se encontraban en etapa de instrucción fiscal, juicio y casación respectivamente.⁴⁷

Así también estadísticas directas de la Fiscalía General del Estado establecen que, de enero del 2014 a abril del 2018, se registraron 62 casos de lavado de activos en el Ecuador. De aquellos 26 han sido flagrantes, y solo 8 de estos casos fueron condenados. Se determina que si bien son más los casos flagrantes que se han dado en ese periodo es decir 36 casos, la dificultad se extiende con profundidad en casos flagrantes, en palabras de Diana Salazar ex Directora de la UAFE y actual Fiscal General de Estado: “Se concluye que la mayoría de delitos de lavado de activos en flagrancia no reciben sentencia condenatoria porque terminan con otras salidas al proceso penal que implican la no posibilidad de probar la existencia y la responsabilidad por el delito, lo cual puede estar relacionado con el tiempo de investigación

⁴⁶ Mendoza Llamacponcca, “El delito fuente en el lavado de activos”, 324.

⁴⁷ El Telégrafo, “De 11 casos procesado por lavado de activos en 2015, en 4 hubo sentencias”, *El Telégrafo*, 10 de febrero del 2016, párr.6, <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/de-11-casos-procesados-por-lavado-de-activos-en-2015-en-4-hubo-sentencias>.

que tienen estos delitos en flagrancia, que es de 30 días”.⁴⁸ Estos datos reflejan las complejidades venidas no de la autonomía de delito, no de su redacción per se, sino del manejo de la investigación, por lo que y como en próximo capítulo se verá para su efectividad requiere herramientas técnicas y cooperación interinstitucional.

Aunque la ley penal no establezca un proceso de prejudicialidad para la configuración del delito (por el carácter autónomo del mismo), existen organismos de control como la UAFE, cuya armonización con otras instituciones del sistema financiero respaldan la vigilancia de las actividades de índole financiera mediante el reporte de cualquier manejo inusual de capitales y transacciones económicas inusuales, como lo establece el legislador en el artículo 11 de la Ley de prevención de lavado de activos, por lo que es claro que siempre debe existir un delito previo que deba ser investigado, entiéndase tráfico de drogas, armas entre otros que generen bienes ilícitos, y cuya justificación legal no pueda establecerse, en tanto estos órganos e instituciones serán los que aclaren a través de sus reportes a la Fiscalía la procedencia de dichos activos, por lo que no puede entenderse un autonomía pura a nuestro criterio de lavado de activos.

En definitiva, la naturaleza autónoma de lavado de activos tanto sustantiva como procesal deben ser elementos constitutivos del tipo penal, pues son requerimientos necesarios para prevenir y condenar los fines económicos provenientes de los delitos fuentes cometidos por la criminalidad a gran escala, sin embargo dentro de la visión garantista la aplicación del tipo penal y el proceso investigativo debe siempre tener como limitante la observancia de la presunción de inocencia del agente , ya que como más adelante se analizará aquello debe partir de una investigación respaldada en procedimientos técnicos y especiales que justifiquen el origen de los bienes y capitales objeto de lavado.

3.3. Estructura típica de la conducta autónoma

El análisis de la estructura típica del lavado de activos, deber realizarse en conjunto con lo que reconoce la comunidad internacional a través de sus principales instrumentos normativos. En este caso estableceremos las características particulares de la tipicidad objetiva, en tanto la tipicidad subjetiva tendrá un análisis complementario con la prueba indiciaria en el Capítulo Tercero de esta investigación.

⁴⁸ Plan V, “Las cifras de lavado de activos en el Ecuador”, *Plan V*, 5 de noviembre de 2018, párr.14, <https://www.planv.com.ec/historias/politica/cifras-del-lavado-activos-el-ecuador>.

3.3.1. Tipicidad objetiva

El artículo 25 del COIP, establece que los tipos penales, “describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”,⁴⁹ es decir, manifiestan la naturaleza específica otorgada a una acción u omisión, para que esta se configure en delito. Teniendo claro que el lavado de activos ha sido incorporado en la legislación penal local como una conducta autónoma plena, sustantiva y adjetiva, es necesario establecer su estructura típica en miras a determinar si la vulneración del bien jurídico protegido es *pluriofensiva* o existe una particular protección a un solo objeto material.

Para una correcta imputación del injusto penal, se debe tener claro la descripción de cada uno de las acciones descritas en la norma penal. Al analizar la tipicidad objetiva, es necesario referirnos a la *Acción*, entendida como, “toda actuación controlada y dirigida por la voluntad del hombre que causa un resultado en el mundo fenomenológico”.⁵⁰ Se evidenció que la incorporación del delito en la legislación penal ecuatoriana fue progresiva, esto conforme se buscaba una figura típica amplía, compatible a la conceptualización abordada por la Convención de 1988. De esta manera, se incorporó una multiplicidad de verbos rectores que configuran un lavado de activos, en la legislación local, constantes en el artículo 317 del COIP, y que son reflejo de la adaptación normativa a la comunidad internacional, cuyo fin es que, describiendo aquel cúmulo de conductas, el grado de vacíos jurídicos disminuya. Se pueden mencionar como principales los siguientes:

a) *Transferir*. Es decir, llevar de un lugar a otros bienes producto de lavado de activos. Se puede entender que este verbo rector hace referencia a la etapa de *Colocación*, que se analizó en el apartado anterior. La legislación penal local, hace referencia en este punto a otros verbos rectores como *entrega y transporte*, siendo estas conductas complementarias, que no difieren de la esencia del verbo principal.

Para Alfonso Zambrano Pasquel, el perfeccionamiento de esta conducta, no solo radica en colocar activos de una circunscripción a otra, sino, mucho tiene que ver el conocimiento de la persona que ejecuta la actividad, y que pese a saber que los bienes son maculados, colaboran de manera activa, usualmente tienen que ver autoridades

⁴⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 25.

⁵⁰ Oscar Peña Gonzáles y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del Delito: Manual Práctico para su aplicación en la Teoría del Caso* (Perú: Asociación Peruana de Ciencias y Conciliación, 2010), 123, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46022.pdf>

del sector financiero.⁵¹ Para efectos de esta investigación se considera necesario establecer que el artículo 317 numeral 6 cuando se indica, “Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país”,⁵² implica transportar físicamente los activos ilícito, es decir, ya está contenido como verbo complementario en el numeral 1 del articulado.

b) *Adquirir*. Implica acceder a los derechos de los bienes maculados, de tal manera que no sea necesaria la constatación de un incremento patrimonial del sujeto activo.⁵³ Es decir, la intención de una persona de ingresar a manera de derecho, o cualquier otro título en su patrimonio, bienes ilícitos de manera voluntaria o no, pero conociendo su procedencia ilícita. Con la adquisición, la persona se convierte en dueño de aquellos efectivos producto de un delito.

c) *Poseer*. Parte de la doctrina establece que la *posesión*, no debería ser complementaria a la palabra transferir contenida en el tipo penal, en tanto, pues si entendemos la misma desde la perspectiva civil es simplemente la tenencia sin ánimo de adueñarse de la misma. No obstante, para efectos de la tipificación propia de lavado de activos, existe la tendencia a asemejar la posesión como la tenencia (material o no) de bienes procedentes de un delito, disponibles real y efectivamente. Como señala Isidoro Blanco Cordero, “es adecuado desde un punto de vista teleológico a la finalidad de luchar contra el lavado de activos sancionando a aquellas personas que tienen el poder de disposición sobre los bienes procedentes de un delito, siendo así que la titularidad de los mismos está a nombre de otros”.⁵⁴

d) *Utilizar*. Caso contrario ocurre con verbos como *utilizar*, en este caso, el sujeto activo se beneficia de los bienes maculados, siendo o no dueño o poseedor. Es de suma importancia tener claro que la utilización debe estar precedida por la disponibilidad física del bien y el beneficio directo a través de las conductas subyacentes ilícitas. Para ello se deben evidenciar como lo señala Blanco Cordero,

⁵¹Zambrano Pasquel, *Lavado de activos*,130.

⁵² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317 num.6.

⁵³ Isidoro Blanco Cordero, “Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos”, en *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, Isidoro Blanco Cordero et al. (Washington D.C.: Organización de Estados Americanos), accedido el 14 de diciembre del 2019, 110, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/oea%20cicad%20libro%204%20edicion.pdf.

⁵⁴ *Ibíd.*, 113.

limitaciones en esta terminología para sancionar a quien la comete: “ A la hora de establecer límites, parece necesario comenzar por indicar que han de ser atípicos los comportamientos de utilización de bienes procedentes de un delito que no menoscaben el bien jurídico protegido”.⁵⁵ Con esto se evita el aplicar *prima facie* el Derecho Penal, por el uso de un bien presumiblemente proveniente de lavado de activos, sin hacer una constatación de la participación delictiva de la persona, en el ilícito, ni la afectación al objeto material. Por ejemplo, A utiliza el carro de los padres de B, (quienes son presumiblemente miembros de una organización criminal), para ir a la universidad. Existe el uso de un bien proveniente de una actividad ilícita, pero A no está vulnerando un bien jurídico protegido, ni siendo partícipe de una actividad delictiva.

e) *Administrar, mantener y resguardar*. Conlleva la organización de los bienes producto de lavado, siendo del interés propio o de un tercero. Es necesario entender que las acciones mantener y resguardar son complementarias al verbo administrar, y lo que se busca principalmente es sancionar a aquella persona que, sabiendo del origen ilegal de los activos, se encarga de su dirección.

f) *Conversión*. Requiere utilizar medios adecuados y legales para dar la apariencia de ilicitud a los activos maculados. Junto con la transferencia, forman parte de la fase de colocación de lavado de activos. Víctor Prado Saldarriaga, establece que: “Los actos de conversión involucran todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido. Incluso podemos considerar también dentro de ellos a la recolección del dinero sucio, siempre que la misma la ejecute el propio agente que tendrá a su cargo la operación del lavado”.⁵⁶ Si bien el artículo 317, numeral 1, señala como uno de los verbos rectores equiparables con la transferencia, el numeral 5 es el que describe el proceso de conversión de una manera más clara: “5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o

⁵⁵ *Ibíd.*, 114.

⁵⁶ Víctor Prado Saldarriaga, “El delito de lavado de activos en la legislación peruana”, en *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, Isidoro Blanco Cordero et al. (Washington D.C.: Organización de Estados Americanos), accedido el 14 de diciembre del 2019, 257, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/oea%20cicad%20libro%204%20edicion.pdf.

económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos”.⁵⁷

g) *Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito.* En este caso podemos ver el núcleo principal de la conducta delictiva, que implica en el esconder la naturaleza ilícita de los bienes productos de lavado con el fin de darle una apariencia de legalidad. La explicación del verbo rector va más allá de la ocultación de la materialidad del bien, tiene que ver con impedir que terceros conozcan las características que envuelven al hecho delictivo, el lugar, su ejecución, las participes, es decir las circunstancias generales de la conducta típica.

De manera general, se puede evidenciar que, pese a otros verbos rectores reconocidos en la normativa internacional, el núcleo siempre va a ser convertir, transferir y ocultar activos productos de una conducta ilícita. Sin embargo, el legislador ecuatoriano incorporó como formas adicionales de adecuación típica y que no constan en la Convención de Viena de 1988 las siguientes: “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.”⁵⁸ En este caso se puede evidenciar la sanción a testaferros, y también a personas jurídicas.

Si bien es cierto, la multiplicidad de verbos rectores, es necesaria para darle mayor amplitud a la conceptualización del ilícito, existen acciones que gramáticamente son parecidas, o sinónimos de aquellos verbos rectores principales, inclusive pueden resultar confusas ciertas palabras para efectos de particularizar, bajo que verbo rector adecuó su conducta el sujeto activo de lavado de activos, por ejemplo, los términos posesión y tenencia. Además, algunos verbos pueden ser entendidos como actos previos a la ejecución del lavado de activos. Para autores como Rómulo Rhemo Palitot Braga y Arthur Einstein Apolinario Souto, “su incriminación supone la inclusión de actos que, además de ser equívocos, pueden considerarse preparatorios del lavado en sentido estricto y que muy difícilmente están en

⁵⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317 num.5.

⁵⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317 num.3 y 4.

capacidad de poner en peligro efectivo el orden económico social”.⁵⁹ No obstante, considerar estos verbos rectores dentro de la normativa no solo local, sino internacional tiene su justificación en obstaculizar todo acto previo al cometimiento de la conducta ilícita, desde su resguardo hasta el momento mismo en que se pretenda convertir y transferir los activos ilícitos dentro de la circulación normal de capitales.

Ahora, bien otro elemento de aquella tipicidad objetiva es el *Objeto Material*, o cosas o personas sobre las que recae la conducta típica de lavado de activos. La normativa local, establece como objeto material, los *activos o dineros* productos de una actividad ilícita. No determina la palabra *bienes*, como en otros países consta. Sin embargo, se está de acuerdo en que la referencia a activos, abarca el conjunto de bienes, efectivos o capitales de cualquier naturaleza y no solamente dinero. No obstante, la explicación dada en la ley, podría ampliarse tal como lo hace la Convención de Viena de 1988, y señalar que los activos pueden ser: “corporales e incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles e intangibles; y los instrumentos legales que acrediten la propiedad de dichos bienes”.⁶⁰ Esta aclaración podría ser de gran utilidad, en la mayoría de legislaciones, incluyendo la nuestra, en tanto, el elemento u objeto material tiene como límite el monto económico respecto a los activos maculados, con el fin de aplicar la pena, es decir depende del *quantum* delictivo. Zambrano Pasquel, establece que dicha demarcación es una condición objetiva de punibilidad, es decir es preciso que la cuantía de los activos sea determinada en la norma penal.⁶¹ El artículo 317 del COIP, establece como límite del objeto material la cuantía de cien salarios básicos unificados, en virtud de aquello la pena es de uno a tres años, si el monto de los activos es inferior a dicha cuantía, de cinco a siete años si supera dicho monto, y el legislador dispone que cuando supere los doscientos salarios básicos unificados la pena es de diez a trece años.

Dicho lo anterior, consideramos que es más adecuado especificar que los activos, implican diferentes tipos de bienes de origen ilícito, para que no existan confusiones y ha alusión solo al dinero como objeto material. Como establece Zambrano Pasquel, “[...]la

⁵⁹Rómulo Rhemo Palitot Braga y Arthur Einstein Apolinario Souto, “Perspectiva dogmático del delito de lavado de dinero en el sistema penal brasileiro”, en *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, comp. Álvaro Vargas y Renato Vargas Lozano (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017), 28, <http://crimtrans.usal.es/sites/default/files/Teresa%20Aguido.pdf>.

⁶⁰Jennifer Elizabeth Lara Alvear y Eduardo León Micheli, “La anterior actividad ilícita de lavado de dinero en el Sistema jurídico ecuatoriano”, *Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, n.º5 (2014):8, url: <http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj/article/view/163>

⁶¹Zambrano Pasquel, *Lavado de activos*,64.

referencia al dinero resulta redundante; dado que, éste, queda comprendido en la categoría, más general, de bienes”.⁶²

En cuanto al *Objeto Jurídico*, merece especial atención destacar que, en este tipo de delitos, no existe un consenso generalizado en establecer con claridad que o a quién se vulnera ejecutando el lavado de activos. El bien jurídico protegido debe ser entendida como, aquel derecho o interés tutelado por el derecho, en este caso la normal penal, como la vida, la dignidad, la salud, la propiedad. La afectación que reciben estos derechos conlleva a que principie un injusto penal. La discusión sobre la determinación del objeto jurídico se torna importante, en tanto el lavado de activos viene de una conducta subyacente que vulnera un bien jurídico distinto, inclusive una vez establecido que existen hechos que confirman el delito, es difícil determinar qué bien jurídico se está lesionando.

Existen dos posturas, aquellos que defienden una *teoría uniofensiva*, en la que desde el contexto social en el que haya sido tipificado el delito, puede vulnerar la administración de justicia, el mismo bien jurídico que fue lesionado por el delito precedente, la seguridad interior del Estado, o el orden socioeconómico. Por otro lado, la postura que defiende el *carácter pluriofensivo*, manifiesta que ante la falta de definición clara del bien jurídico afectado por el lavado de activos, es necesario extraer la afectación de varios derechos vinculados sin formular mayores matices.⁶³ Se considera que el carácter pluriofensivo del bien jurídico, aumenta los obstáculos en el proceso investigativo, en tanto una vez determinado el origen ilícito de los activos maculados, se tendría que establecer el bien jurídico vulnerado, pues la gama de respuestas sería amplia, lo que llevaría a un mayor margen de error investigativo. En tal virtud, dentro de la norma es necesario acoger la teoría uniofensiva, y si bien la mayoría de legislaciones (como es el caso ecuatoriano) consideran que el bien jurídico protegido debe ser el orden económico, es la libre competencia la que realmente es la afectada.

Al respecto Mendoza Llamapponca, señala:

[...]el blanqueo de capitales distorsiona la competencia ocasionando un poder de demanda unilateral –producto de la actividad delictiva generadora de bienes de origen delictivo– en detrimento de la igualdad de oportunidades de los demás intervinientes. Por tanto, estas oportunidades de intervención en el mercado dejarían de ser libres, por ser injustamente

⁶² *Ibíd.*,64

⁶³ Fidel Nicolás Mendoza Llamapponca, “La determinación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales (art. 301 cp) a la luz de la normativa internacional”(tesis de maestría, Universidad de Salamanca, 2012), 100, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20161208_01.pdf.

repartidas, al participar en el tráfico económico legales competidores cuyo patrimonio no tuvo mayores costes que la comisión de delitos.⁶⁴

Argumento con el que se está de acuerdo, si tenemos en cuenta que el lavado de activos desde un perspectiva puramente económica, y no jurídica, al contrario de perjudicar la economía de un Estado, podría beneficiarle en cuanto al incremento de capital en el flujo financiero, lo cierto es que lo que realmente se menoscaba es la actividad de los pequeños empresarios y productores que se enfrentan ante las grandes cantidades de dinero mal habidos escondidos tras grandes negocios (disfrazados de legales), ejecutados por grupos criminales.

Finalmente, la tipicidad objetiva de lavado de activos, hace referencia a los *sujetos procesales*, activos y pasivos del ilícito. El sujeto activo de lavado de activos en nuestra legislación, no tienen características específicas para ser catalogado como calificado, razón por la cual puede ser cualquier persona natural o jurídica que adecue su conducta a algunos de los verbos rectores contenidos en el artículo 317 del COIP. En derecho comparado, se puede observar como determinadas legislaciones ha estructurado normativa especial para excluir a los sujetos activos de los delitos precedentes, de la participación que puedan tener en el lavado de activos.⁶⁵ La Convención de Palermo, por ejemplo, en su artículo 23 numeral 2 literal e) permite a los Estados aislar a los intervinientes en la conducta subyacente de cúmulo de sospechosos sujetos activos del delito de blanqueo de capitales. La razón de ser de dicha exclusión, es evitar que, dentro del proceso de investigación, y posterior juzgamiento se sancione a una misma persona, tanto por el delito precedente como por el lavado de activos, lo que supondría una violación a principio *non bis in ídem*, y una contradicción con la autonomía sustantiva y procesal del ilícito analizado en esta investigación.

Ahora bien, en cuanto a los sujetos activos entendidos como personas jurídicas, la normativa penal ecuatoriana acepta considerar la responsabilidad penal de empresas, compañías, etc., independiente de las personas que ejecutan el lavado de activos, aquello también es planteado en la Recomendación 2 literal b) del Grupo de Acción Financiera Internacional:

Los países deberían garantizar que: b) Se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal y, en los casos en que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. Esto no debería obstaculizar a los procedimientos penales, civiles o administrativos paralelos con respecto a personas jurídicas en aquellos países en que se

⁶⁴ *Ibíd.*,98.

⁶⁵ Blanco Cordero, “Principios y Recomendaciones”, 128.

apliquen esas formas de responsabilidad. Las personas jurídicas deberían estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.⁶⁶

De esta manera se garantiza un mayor control y auditoria de las actividades financieras dentro de empresas que puedan suponer una imagen legal. En cuanto el sujeto pasivo del ilícito, Aguado establece al respecto:

Dado que el sujeto pasivo del delito se define como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, o sea, aquel que detenta la titularidad o es portador del interés cuya ofensa “constituye la esencia del delito”, bien puede concluirse que el sujeto pasivo del lavado de activos es el Estado, por ser quien detenta la titularidad de los valores tutelados, es decir, el orden socioeconómico y la administración de justicia. De forma secundaria podrá existir otro u otros sujetos perjudicados, como ocurriría con cualquier persona que soporte un perjuicio económico en virtud del delito objeto de estudio.⁶⁷

Es necesario identificar que bien jurídico es el vulnerado, si habíamos comentado que en escrito sentido se reconoce la uniofensividad del delito, y que el orden socioeconómico es el bien jurídico protegido menoscabado, entonces el titular de dicho bien es el Estado, sin embargo, también puede considerarse como titulares del objeto material aquellas personas vinculadas con el sector financiero, a quienes la actividad ilícita obstaculiza su libre competencia.

3.3.2. Tipicidad Subjetiva

Uno de los primeros elementos que componen la estructura subjetiva del tipo penal analizado, es el *Dolo*, que implica la conocimiento y voluntad que tiene el agente sobre los elementos del delito, y la intención de ejecutarlos. Gran parte de legislaciones, asumen la postura de un *dolo directo*, en la medida de que el sujeto activo debe instaurarse un conocimiento pleno sobre el origen ilícito de los bienes que va a ocultar, transferir, introducir en el flujo normal de capitales, y voluntad de cumplir con un fin determinado, esto es dar apariencia de legalidad. No obstante, dicho conocimiento directo no siempre puede estar presente en la medida que el sujeto activo del lavado de activos, puede o no coincidir, con el delito previo, es decir ser la misma persona que adecuo su conducta previamente al delito subyacente. En esta medida, puede sospechar que los bienes son producto de un ilícito, pero

⁶⁶ GAFI, “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación: Las Recomendaciones del GAFI”, *Grupo de acción financiera internacional*, 2012, núm. 2 literal b), <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/portal/1-recomendaciones-gafi/file>

⁶⁷ Palitot Braga y Apolinario Souto, “Perspectiva dogmático del delito de lavado de dinero en el sistema penal brasileiro”, 58.

no tener la certeza de que delito lo produjo, inclusive puede tener la mera sospecha de la existencia de un origen ilícito sobre los mismos, por lo que actúa en este caso con un dolo eventual.

Al respecto Blanco Cordero, indica:

El autor del delito de lavado de activos ha de proceder a una valoración de los hechos que ha percibido. De tal valoración ha de derivarse que tales hechos constituyen una conducta delictiva, y particularmente de las previstas en la norma penal (bien delitos de carácter grave, de narcotráfico, etc.). Este tipo de valoración jurídica, que tiene como referencia el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano, forma también parte del dolo. Sin embargo, no es necesaria una calificación jurídica precisa dentro de la categoría de los delitos a los que alude la norma penal. Basta con que se perciba que los hechos son constitutivos de una infracción dentro de la categoría de los delitos previstos.⁶⁸

En el Ecuador, al contrario de lo que establece la Convención de Viena de 1988, en su artículo 3 numeral 1 literal b) i), el término “a sabiendas”, no está determinado en la descripción del tipo penal. Sin embargo, el reconocimiento del dolo *per se* contenido en el artículo 25 del COIP, establece “el designio de causar daño”, por lo que el lavado de activos es visto desde dicha intencionalidad plena y directa no solo de conocer el origen ilícito, sino, además, la posibilidad de la existencia de un delito precedente, que al ejecutar los verbos rectores que configuran el lavado de activos, va a vulnerar el orden socioeconómico. Pero cabe en este punto aclarar la siguiente pregunta: ¿Si el sujeto activo de lavado de activos solo sospecha el origen ilícito, y ni siquiera sabe si la conducta subyacente constituye un delito, ni conoce las caras de quienes están detrás, como puede configurarse un dolo directo? La doctrina a solventado dicha cuestión acudiendo al dolo eventual, de tal manera que quien se configure una probabilidad de la existencia del delito, y aun así actué en consecuencia, no quede impune:

La razón fundamental es que, pese a que el autor duda del carácter delictivo del hecho, actúa aceptando el riesgo de incurrir en sanción penal. En cualquier caso, pone de manifiesto que la práctica judicial admite la prueba del conocimiento en aquellos supuestos en los que las circunstancias del hecho puedan servir de base a una “presuntio iudex” de la existencia del conocimiento.⁶⁹

Para efectos de esta investigación, se establece que el sancionar a una persona que no tiene claro el origen ilícito, o que la actividad que está realizando es producto de un delito previo, incrementa lo que se ha criticado hasta el momento, el punitivismo extremo. Si este

⁶⁸ Blanco Cordero, “Principios y Recomendaciones”, 135.

⁶⁹ *Ibíd.*,138.

fuere el caso, se debería argumentar la existencia de un error de tipo sobre las circunstancias fácticas del ilícito, por lo tanto, el dolo estaría excluido, y no se vulneraría la presunción de inocencia. Es por este motivo que la sospecha de origen ilícito que pueda presentarse una persona, debe ser clara, y podría en esta manera aplicarse el dolo eventual, como ocurre en otros países. Cabe recalcar que normativamente el Ecuador, no reconoce este tipo de dolo respecto al lavado de activos.

Ahora bien, como podría sancionarse a una persona que no ha actuado con debida diligencia, en percatarse que los activos que está manejando son producto de una actividad previa que puede ser ilícita. La respuesta es compleja, en el sentido de que dicha conducta subyacente no necesita ser juzgada o investigada, en esta medida se considera que, para no afectar el principio de inocencia, y al no poderse aplicar la figura de un delito de lavado de activo culposo, la persona debe por lo menos y como se mencionó anteriormente sospecha sobre la ilegalidad de aquellos bienes y fiscalía debe probar mediante indicios aquello. Entonces, se podría establecer que el sujeto activo de lavado viola un deber objetivo de cuidado, sobre todo si se trata de personas que se dedican a actividades vinculadas con el sector financiero. Para ello parte de la doctrina ha mencionado la posibilidad de que en estos casos pueda aplicarse una sanción administrativa a este delito, desde una perspectiva ex ante, y que sean los órganos de prevención los encargados de imponer sanciones administrativas,

Luis Bernardo Quevedo Quintero, argumenta al respecto: “Si nos referimos al lavado de activos como riesgo, vemos que nace una obligación de gestión, lo que implica que si el comportamiento no se adecua a un mínimo de gestión, o existe un descuido, se ve expuesto a una sanción del derecho administrativo a través del supervisor, que podría implicar desde una multa hasta la muerte laboral”.⁷⁰

Se reitera, que la comunidad internacional, a través de sus instrumentos sobre lavado de activos, así como la legislación nacional, no admiten la posibilidad de considerar el lavado de activos como un delito culposo, y esto en la medida de que uno de los elementos normativos necesarios para la configuración de la conducta ilícita es la intencionalidad, haya o no existido la claridad sobre el conocimiento del origen ilícito. La culpa en este delito no

⁷⁰ Luis Bernardo Quevedo Quintero, “La culpa en el lavado de activos Una extrapolación no viable”, *Federación Latinoamericana de Bancos*, 2011, num.14, https://www.felaban.net/coplaft/documentos/LAVADO%20DE%20ACTIVOSINTENCION%20O%20IMPRUDENCIA_FELABAN%2021032012.pdf.

existe, y si se quiere sancionar a quien no ha actuado con debida diligencia en su función de prevención para que ocurra el ilícito, es decir, ha obrado con culpa debe aplicarse una medida no penal, pero sí de corte administrativo, con ello se evitaría la utilización de un derecho penal máximo que irrespete el principio de aplicabilidad de ultima ratio.

Finalmente, de lo analizado se puede determinar que la estructura típica de lavado de activos, tal y como ha sido redactada por el legislador ecuatoriano, implica un apego hacia la normativa internacional, dentro del marco de lucha contra la corrupción, sin embargo consideramos que para efectos de superar ciertas falencias en la redacción del tipo penal, se debe determinar con claridad los verbos rectores alrededor del delito, así también, en la práctica analizar las circunstancias reales que encierra la adecuación de la conducta por parte del sujeto activo, es decir establecer si ha actuado con un dolo directo, caso contrario, se debe priorizar la presunción de inocencia, aplicar el error de tipo vencible, y excluir la culpa.

Capítulo segundo

Aspectos generales del procedimiento investigativo y cooperación internacional

En este apartado se analizarán los procesos de colaboración internacional para prevenir el lavado de dinero, así como la situación nacional respecto al tratamiento del fenómeno delictivo desde la actividad de entidades internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional a través de sus Recomendaciones, hasta el control interinstitucional local. De esta manera se podrá determinar si el proceso investigativo cumple con el objetivo de lucha contra la criminalidad organizada, o si existen trabas que puedan entorpecer la investigación, y posiblemente vulnerar derechos de los indiciados.

1. Aplicación de recomendaciones emitidas por organismos internacionales

En miras a cumplir el objetivo de luchar contra el delito de lavado de activos, la comunidad internacional ha creado un contexto regulatorio y preventivo. Se puede evidenciar que las principales organizaciones que han emitido una política internacional para combatir el lavado de dinero aplicable a la mayor parte de Estados son: Organización Internacional de las Naciones Unidas (ONU), Grupo de Acción Financiera sobre el lavado de activos (GAFI), Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, El Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, y la Organización de los Estados Americanos (OEA).⁷¹

Ahora bien, en lo que se refiere al ámbito preventivo y aplicación a los estándares investigativos del delito en cuestión, para efectos específicos de este estudio se analizarán las recomendaciones emitidas por la ONU y el GAFI respectivamente, siendo estas las más conocidas y aplicadas por la comunidad internacional. Posteriormente se abarcará brevemente los lineamientos generales de control del Comité de Basilea y Grupo Egmont, todas estas instituciones dentro del marco antilavado que maneja el Estado ecuatoriano.

1.1. Recomendaciones emitidas por la Organización de las Naciones Unidas

La ONU ha emitido varios instrumentos internacionales para combatir las actividades delictivas de grupos criminales internacionales, en miras a evitar su expansión. La *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (en adelante Convención de 1988), ratificado por el Ecuador y publicado en el

⁷¹ Paul Allan Schott, *Guía de referencia para el antilavado de activos y la lucha contra el financiamiento del terrorismo* (Bogotá: Mayol Ediciones, 2007), 21.

Registro Oficial N° 396, de 15 de marzo de 1990, es uno de los primeros tratados internacionales para cumplir con dicha finalidad. En el país se elaboró el concepto normativo de lavado de activos, y el plan de acción antilavado tomando en cuenta el contenido de la Convención. No obstante, si manejar una definición básica para entender este ilícito fue un avance internacional que ayudó a crear un concepto local, la Convención toma como punto de partida el tráfico de drogas como delito fuente, lo que en el contexto actual es insuficiente, dada la multiplicidad de delitos de los que parte el lavado de activos.

La necesidad de investigar otro tipo de delitos fuente llevó a que la ONU emitiera la *Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo* (Convención de Palermo) aprobada el 15 de diciembre del 2000, y ratificada por el Ecuador el 24 de octubre del 2003 mediante Registro Oficial N°197. El objetivo principal de este instrumento es la tipificación de nuevos delitos considerados graves que puedan servir como punto de partida para una acusación y posterior investigación de lavado de activos, así como una cooperación internacional que trate de maximizar operaciones técnicas como por ejemplo intercambio de información entre estados.⁷²

El país al ratificar la Convención de Palermo adquirió el compromiso de mejorar la investigación de delitos graves, sobre todo la correcta tipificación del delito de trata de personas como una de las conductas subyacentes de lavado de activos, lo que actualmente consta en el COIP. Un avance importante sobre el ámbito investigativo, y reflejo de lo anterior fue la creación de la Unidad Nacional Especializada de Investigación contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNIDOT), creada en junio del 2018, cuyo objetivo es: “la búsqueda y resolución de hechos delictivos que atentan contra el estado ecuatoriano como el terrorismo, tráfico de sustancias sujetas a fiscalización, tráfico de personas, contrabando, terrorismo, entre otros. Además, otros delitos graves como el lavado de activos y la corrupción”.⁷³

Entre otros tratados internacionales contra el lavado de dinero ratificados por el Ecuador, se puede mencionar el *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 9 de

⁷² *Ibíd.*,24.

⁷³Ecuador Fiscalía General del Estado, “La UNIDOT enfrentará de manera eficiente a las estructuras criminales”, *Fiscalía General del Estado*, accedido 07 de abril de 2019, párr.2,<https://www.fiscalia.gob.ec/la-unidot-enfrentara-de-manera-eficiente-a-las-estructuras-criminales/>.

diciembre de 1999, y ratificado en el país el 22 de enero del 2004, mediante Registro oficial N°257. El núcleo principal de dicho instrumento es fomentar la tipificación de la conducta ilícita del terrorismo, prerrogativa que el país solo cumplió hasta el 2014. Para María Isabel Espinoza, la incorporación de este delito como conducta fuente de lavado de activos resulta todavía poco clara y abierta para los fines de adecuación a la normativa internacional, “construyendo así una tipificación que no solo es demasiado amplia sino incierta, que igualmente carece de los elementos del tipo penal de la certeza, determinación, concreción, claridad, precisión y la calidad de inequívoco, y que podría ser el paraguas para encajar descuidada o forzosamente cualquier conducta como terrorismo”.⁷⁴

Como se puede establecer la vinculación del Ecuador a estos instrumentos ha sentado la base para la construcción de una normativa específica respecto a los ilícitos subyacentes para posteriormente articular el delito de lavado de activos de una manera concreta. En miras a complementar este objetivo, las recomendaciones emitidas por el GAFI, funcionaron como fundamento técnico en cuanto a la ejecución de control interno que cada estado vinculado a su organismo debería tener para la eficacia del proceso de investigación de lavado de dinero. En el próximo punto se analizará el trabajo de dicho grupo internacional.

1.2. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional

Uno de los efectos de la vinculación a los tratados internacionales mencionados en el apartado anterior fue la creación del *GAFI*,⁷⁵ que, si bien fue creado en 1989, su implementación fue progresiva conforme la generación de nuevos instrumentos internacionales al respecto. En este sentido, el GAFI fue articulándose como “un organismo intergubernamental cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”.⁷⁶ Es decir, la finalidad es implementar estándares efectivos carácter regulatorio desde una perspectiva preventiva y sancionatoria para enervar la utilización de los efectos de delitos considerados graves. En palabras de Paul

⁷⁴ María Isabel Espinoza Ortega, “Terrorismo y derecho humanos, ¿terror para quién?” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 35, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5425>.

⁷⁵ El GAFI se creó en París el 16 de julio de 1980 en la Cumbre N° 15 de Jefes de Estado y de Gobierno emprendida por los países europeos pertenecientes al G7, para promover mejores directrices y recomendaciones para que los estados adecuen a sus prácticas investigativas sobre delitos vinculados con el tráfico de drogas principalmente.

⁷⁶ Julio Díaz- Maroto y Villarejo, “Recepción de las propuestas del GAFI”, en *Política criminal y blanqueo de capitales*, ed. Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo (Madrid: Marcial Pons, 2009), 29.

Allan Schott se pretende ejecutar los siguientes parámetros: “1. Supervisar el progreso de los miembros en la aplicación de medidas contra el lavado de activos; 2. Analizar y presentar informes sobre las tendencias, técnicas y contramedidas del lavado de activos; y 3. Promover la aprobación y aplicación de los estándares de antilavado de activos del GAFI en todo el mundo”.⁷⁷

Precisamente esta última función mencionada por Schott generó que el grupo elabore un conjunto de lineamientos aplicables a la realidad de cualquiera de los estados partes para combatir el lavado de activo, así se emitieron las *Cuarenta Recomendaciones de la GAFI*, es por ello que su diseño parte de una estructura universal aplicable a cualquier contexto normativo y social. Estas recomendaciones pueden ser entendidas como: “un esquema de medidas completo y consistente que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”.⁷⁸

Al contrario de las normas contenidas en la Convención de 1988, las recomendaciones del GAFI no son vinculantes para los estados que forman parte del grupo, pero en la práctica es requisito indispensable que los estados manejen sus investigaciones sobre lavado de activos partiendo de aquellas directrices. Cabe destacar que, en el 2001, se añadieron *Ocho Recomendaciones Especiales* tras los ataques terroristas sufridos en Estados Unidos, complementando el fin principal que era la detección de delitos de lavado de activos, el control y erradicación de grupos terroristas. En el año 2004, se crea una novena recomendación acerca de *cash courriers o transportes de activos en efectivo*. Con esto de manera general se menciona dichas recomendaciones con el término las *Recomendaciones 40+9* adoptadas por los países que conforman el GAFI y sus grupos derivados.

El GAFI ha implementado en cada región organismos derivados con el objetivo de establecer una mejor aplicación y seguimiento más cercano del cumplimiento de dichas recomendaciones, como por ejemplo Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), Grupo Asia Pacifico contra el blanqueo de activos (APG), Comité de expertos para la evaluación de las medidas antiblanqueo del Consejo de Europa (MONEYVAL); y

⁷⁷ Schott, *Guía de referencia para el antilavado de activos*, 29.

⁷⁸ GAFI, “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación: Las Recomendaciones del GAFI”, *Grupo de acción financiera internacional*, 2012, núm. 6, <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/portal/1-recomendaciones-gafi/file>.

Grupo del Oriente Medio y del Norte de África contra el blanqueo de activos (MENAFATF). En nuestra región, el GAFILAT, creado en el año 2000, antes conocido como GAFISUD, tuvo que cambiar su mención con el ingreso de países del Caribe.⁷⁹ Este organismo agrupa a 17 países latinoamericanos, manteniendo el mismo fin que el grupo conformado por los países europeos, pues la estrategia se sustenta en una red global, vista desde un contexto aproximado a la realidad social y política del Sudamérica y países del Caribe.

El proceso de implementación de estas recomendaciones en los países partes del GAFILAT, no es sencillo pues requiere la colaboración de dichas naciones respecto al desarrollo de un sistema común de prevención antilavado en que la comunicación y dotación de información entre estados sean continuos y de fácil acceso para descubrir la existencia del delito. Además, cada país debe implementar dentro de su política interna acciones tendientes a construir un esquema interinstitucional capaz de facilitar la investigación del lavado de activos. Díaz Maroto y Villarejo explica que la correcta implementación de las recomendaciones a nivel general debe constar de dos momentos: el primero requiere de una autoevaluación anual respecto a la manera en que se han aplicado las directrices, por parte del Grupo y también del país correspondiente; y el segundo, implica un estudio mutuo entre naciones por parte de expertos en el tema. Este proceso va dirigido a establecer la evolución de los países miembros respecto al control y prevención del delito, es la respuesta que estos dan a la comunidad internación sobre la eficacia o no de la lucha contra la delincuencia organizada.⁸⁰

En el Ecuador, la implementación de estas directrices ha sido compleja debido a la carencia de mecanismos que hagan factible su correcta aplicación. Si bien, tipificar el lavado de activos como un delito autónomo fue el reflejo de la Recomendación N° 3 del GAFI, que invita a los estados partes del grupo a incorporar este ilícito en sus leyes respectivas, aquello solo quedó en el plano de adherencia normativa. Desde la practicidad la introducción del tipo no partió de una evaluación de riesgo, y este punto es precisamente aclarado en la primera recomendación del grupo, así se establece en la parte pertinente:

⁷⁹ Luis Manuel Lombardero Expósito, “El Grupo de Acción Financiera Internacional : Revisión del mandato (2008-2012)”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º8(2008): 4, url: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/18/17>.

⁸⁰ Díaz- Maroto y Villarejo, “Recepción de las propuestas del GAFI”, 32.

Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo [...]Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (RBA, por sus siglas en inglés) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. (...) Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones [...].⁸¹

La evaluación de riesgo planteada en nuestro país debía prever el marco garantista de la Constitución de la República. Con ello la tipificación del tipo penal habría sido más clara en lo que se refiere al proceso investigativo, y por ende el margen de una posible vulneración del principio de presunción de inocencia, sobre todo en lo que se refiere a la imposición de sanciones, sería menor. En los próximos apartados se explicará el proceso de prevención y resultados que en el Ecuador se han conseguido, principalmente respecto a la investigación del delito, así como la aplicación general de las recomendaciones del GAFI, además esto en comparación con el tratamiento manejado en otros países partes del GAFILAT.

1.2.1. Implicancia en el sistema investigativo desde la prevención y manejo de técnicas adecuadas

Es necesario establecer que el GAFI divide sus recomendaciones en dos partes, la primera consta de las Cuarenta Recomendaciones adoptadas en 1990, y la segunda de Nueve Recomendaciones añadidas entre los años 2001 a 2002.⁸²Estas directrices requieren un análisis de cumplimiento por parte del GAFI, lo que implica una evaluación mutua dentro de cada país a través de informes anuales que deben ser enviados al GAFI, así cada uno de los integrantes del grupo examina el cumplimiento de las recomendaciones de otra nación parte. Cabe mencionar que un equipo de expertos en temas jurídicos y financieros miembros del grupo es enviado para realizar una inspección en el país sometido a análisis, con lo que se genera un registro que permite reconocer si existen debilidades o aciertos en cuando al plan de prevención del lavado de activos que implementa un Estado. De existir deficiencias se califica al país como no cooperante, en este caso se presenta un nuevo reporte. Si las falencias encontradas en un principio se mantienen, se envía un comunicado que advierta aquello al

⁸¹ GAFI, “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos”, núm. 11.

⁸² Ver Anexo 1.

estado en cuestión. Finalmente, en caso de persistir el incumplimiento se incluye al país no cooperante en la lista negra del GAFI.⁸³

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se generaron varias leyes para reprimir el cometimiento de lavado de activos, no obstante, tras el proceso de evaluación señalado con anterioridad, se concluyó que el país cumplía únicamente con una de las cuarenta recomendaciones del GAFI, teniendo como antecedente que durante el año 2007, el GAFI requirió un reporte del estado, el cual fue presentado y discutido en la Segunda Ronda de Evaluaciones Mutuas del GAFISUD,⁸⁴ cuyo propósito era examinar el cumplimiento por parte del Estado ecuatoriano de dichas recomendaciones.

En febrero del 2010, el Ecuador entró a formar parte de la *lista negra del GAFI*,⁸⁵ en tanto pese a las continuas e intensificadas inspecciones motivadas por la falta de cumplimiento por parte del Estado, se evidenciaba aún insuficiencia técnica respecto a la aplicación de las recomendaciones. Al parecer la reticencia de adaptar los lineamientos del GAFI por parte del estado no se debía a un asunto de falta de recursos económicos o técnicos, sino falta de voluntad política por parte de aquel entonces presidente de la república, Rafael Correa, que restaba en cierta manera la autoridad y legitimidad del organismo para imponer una sanción como la antes mencionada. En un artículo publicado por el diario *El Comercio* se menciona dicha problemática:

Cuando el GAFI incluyó al Ecuador en la lista de países que no prestan una adecuada atención a la lucha contra el terrorismo, dejó claro que era por su falta de voluntad política. Porque, a diferencia de los otros países incluidos en la lista, nosotros sí estábamos asociados al GAFI. Tras el anuncio, el presidente Rafael Correa salió a desconocer al GAFI, que es una institución independiente, técnica. Esa reacción, de alguna manera, daba la razón al GAFI de la falta de voluntad política [...].⁸⁶

⁸³Daniel Pérez Gudiño, *La construcción de un tangram político: Ecuador y la lista negra del GAFI* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 27-9, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3838/1/SM131-Gudi%C3%B1oLa%20construccion.pdf>.

⁸⁴ Si bien el Ecuador pertenecía al GAFISUD (actual GAFILAT), los reportes, evaluaciones y procesos de sanción los regenta el GAFI, por lo que el estado responde ante el GAFI, a través del grupo regional al que pertenece.

⁸⁵ La lista negra del GAFI es entendida como una herramienta que este organismo utiliza para obligar a los estados no cooperantes a cumplir las recomendaciones para combatir el lavado de activos. El incluir a un país dentro de esta lista implica un conjunto de efectos para el país no cooperante de van desde un proceso de seguimiento intensificado hasta la salida del estado del GAFI.

⁸⁶ El Comercio, “La inclusión en la lista del GAFI, afecta”, *El Comercio*, 17 de mayo de 2010, párr.11, <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/inclusion-lista-del-gafi-afecta.html>

Sin embargo, el incumplimiento por parte del Estado ecuatoriano podía ser entendido a nivel internacional como falta de interés y respaldo de la lucha comunitaria para combatir la criminalidad organizada. Es por esta razón el país adquirió un compromiso de alto nivel, que implicaba un cambio sustancial en el sistema normativo, Daniel Gudiño Pérez al respecto explica:

A partir de este informe, el Ecuador presentó un plan de acción encabezado por el Procurador General del Estado, el Dr. Diego García, que fue introducido en el plenario del GAFI, en la reunión del mes de junio de 2010. Gracias al compromiso político que preveía este plan de acción y a ciertas aclaraciones correspondientes a los informes del caso ecuatoriano, Ecuador fue removido de la lista negra para pasar a una lista gris, la cual contempla una lista de monitoreo sobre jurisdicciones con «mejoras globales» en el tema del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.⁸⁷

Lo anterior dio como resultado la promulgación de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos. En mayo del 2011 se elaboró un nuevo Informe de Evaluación en la tercera ronda de evaluaciones mutas en el que se concluyó que la implementación de dicha normativa suponía un notable avance para combatir el lavado de activos, en comparación a lo observado en la primera visita de expertos acaecida en el 2007. No obstante, es hasta octubre del 2015, que el GAFI reconoce que los procesos normativos y técnicos han logrado finalmente adecuarse a los resultados esperados por la comunidad internacional para erradicar el blanqueo de capitales. En un análisis realizado por Carlos Mauricio de la Torre Lascano se establece que:

El GAFI acoge con satisfacción el progreso significativo de Ecuador en la mejora de su régimen anti lavado de activos y financiamiento del terrorismo y toma nota de que el Ecuador ha establecido el marco jurídico y normativo para cumplir con sus compromisos en su plan de acción con respecto a las deficiencias estratégicas que el GAFI había identificado en junio de 2010. Por lo tanto, Ecuador ya no es sujeto a un proceso de seguimiento del GAFI bajo su proceso de cumplimiento en curso mundial anti lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ecuador trabajará con GAFILAT ya que sigue ocupándose de toda la gama de cuestiones anti lavado de activos y financiamiento del terrorismo identificados en su informe de evaluación mutua.⁸⁸

Todo este vaivén entre formar parte o salir de la lista negra del GAFI promovió que se acoja un sistema antilavado compatible con lo que ya se estaba manejando en gran parte

⁸⁷Pérez Gudiño, *La construcción de un tangram político*, 51.

⁸⁸Carlos Mauricio de la Torre Lascano, "Lavado de Activos: Situación actual del Ecuador frente al GAFI", *Revista Publicando* 3, n.º8 (2016):324, url: <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16580>

de países latinoamericanos, y que se identifique como logro normativo la elaboración del tipo penal autónomo de lavado de activos en el COIP. Nos obstante, en la práctica se evidencia que el desarrollo normativo también debía estar dirigido a la instauración de un proceso investigativo adecuado determinado en la ley, es decir hacer constar un apartado en que se explique características especiales respecto al proceso de investigación de lavado de activos. Aquello facilitaría la labor del fiscal, fomentaría los procesos de colaboración en la dotación de información, y a su vez al haber menos obstáculos no se pondría en duda actualmente la observancia del debido proceso y presunción de inocencia de las personas indiciadas por este delito.

Si bien en la actualidad el país no se encuentra en los criterios de riesgo para ser colocado en la lista negra del GAFI, la Recomendación 3 de la GAFI sigue sin cumplirse totalmente, esto debido a los casos de corrupción suscitados en los últimos años demuestran que los obstáculos técnicos existentes en la investigación. En esta se detalla que es necesario un tipo penal derive de ilícitos considerados graves, aún más cuando gran parte de legislaciones consagran una autonomía sustantiva, en la cual no hace falta determinar el delito presente para iniciar una investigación, pero si el origen ilícito.

La parte pertinente del artículo 317 del COIP hace referencia a verbos rectores más no a conductas propiamente consideradas en la ley como delictivas y se añade: “Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito”.⁸⁹ Ahora bien, resulta inconveniente entender que se deben hacer constar en la ley los delitos previos, es decir no puede ser elemento típico dentro de la normativa aquello sería contrario a la naturaleza autónoma del tipo, pero si es necesario especificar lo que se consideraría como gravedad, es decir una afectación principalmente a bienes jurídicos como el orden socioeconómico o administración pública.

Mendoza Llamapponcca, mencionando el contexto peruano establece que la incorporación del delito fuente como elemento normativo del injusto penal, aunque no esté estrictamente delimitado con sus circunstancias y calificación jurídica, es necesaria por razones derivadas del derecho positivo, es decir el respeto al principio de legalidad, dentro

⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317.

de los límites de respeto a los derechos fundamentales más aun en la etapa de investigación y juzgamiento.⁹⁰ Lo anterior no implica el cambio de la naturaleza autónoma del lavado de activos, o que se necesite como requisito la prejudicialidad. De igual manera la legislación colombiana en la que consta el delito tipificado en el artículo 323 del Código Penal se establece un catálogo cerrado de delitos fuentes, sin que sea necesarios los requisitos de prejudicialidad o procedibilidad para iniciar una investigación:

Art. 323.- Lavado de activos. El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigente.⁹¹

Dicha lista puede ser perjudicial para los fines protección a bienes jurídicos, pues como ya se mencionó el tipo penal es pluriofensivo. El tema se agudiza pues la consideración de delitos fuentes como parte del tipo no es ejemplificativa, es decir el ilícito debe provenir directamente de aquellos delitos, lo que lleva a un proceso continuo de reformas de la ley, como señala Hernández Quintero:

[...] las listas cerradas imponen una permanente revisión de los tipos penales que generan los recursos objeto del lavado, lo que sugiere la reforma permanente de las normas y que, en ocasiones, la inclusión de nuevos delitos obedezca a la presión de la comunidad, antes que a verdaderos estudios criminológicos. Así puede verse en Colombia, en donde la norma que consagró el delito de lavado de activos (L. 190/1995), ha recibido en muy corto tiempo seis

⁹⁰ Mendoza Llamapconcca, “El delito fuente en el lavado de activos”, 319.

⁹¹ Colombia, *Código Penal Ley 599 del 2000*, Diario Oficial 25 de julio de 2000, art. 323, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20160208_02.pdf.

reformas (L. 365/1997, L. 599/2000, L. 747/2002, L. 1121/2006, L. 1453/2011 y L. 1762/2015).⁹²

De los ejemplos anteriores, se puede determinar que dentro del contexto ecuatoriano no es idóneo agregar una lista cerrada de delitos previos, pero es necesario que el legislador aclare lo que podría ser considerado como conducta grave para dar origen a un lavado de activos, y de la misma forma explicar el concepto de origen ilícito dentro de la norma penal. Para ello sería conveniente introducir dentro del texto normativo una lista ejemplificativa (no cerrada ni taxativa) de conductas previas consideradas graves de las que pueda partir un lavado de activos. Esto facilitaría, por una parte, la labor fiscal de recabar indicios para iniciar una investigación, y por otra, la actividad del juzgador al motivar su decisión respecto a la existencia del delito en cuestión, sin caer en interpretaciones extensivas vulneradoras del principio de legalidad, ni argumentos confusos al momento de resolver. En consecuencia, con dicha aclaración dentro del artículo 317, el principio de legalidad al que están sometidas las leyes penales no se vería afectado, pues la falta de explicación de dichos conceptos, constituyen además un obstáculo en la práctica procesal investigativa. Ante esto, se reitera que el cumplimiento de la Recomendación N°3 del GAFI, todavía no está totalmente establecido dentro de la legislación nacional, a pesar de los avances en la tipificación de delito dentro del COIP.

En una investigación elaborada por Daniela Solano, se establece que el argumento para justificar el incumplimiento de las recomendaciones del GAFI, es de carácter político y no como debería ser, basado en un fundamento jurídico:

Analizando el caso ecuatoriano, parecería que la herramienta más efectiva para la implementación de las recomendaciones del GAFI –y a la vez la más intimidante para los países no miembros- está perdiendo su propósito; y que lo político está interponiéndose ante lo técnico. En un tema tan sensible como el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, es muy delicado que enfoques políticos primen sobre lo técnico y jurídico. Los avances que ha realizado el Ecuador son evidentes; en cuanto a la normativa requerida, la lista de deficiencias identificadas estaría superada. Sin embargo, las autoridades deben preocuparse por la efectividad que tiene que ser alcanzada y por el trabajo coordinado que se requiere entre las diferentes autoridades e instituciones públicas y privadas involucradas tanto

⁹² Hernando A. Hernández Quintero, “Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delito fuente)”, *Justicia* (Universidad Simón Bolívar de Barranquilla), n.º32 (2017): 121, url: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n32/0124-7441-just-32-00118.pdf>.

en la prevención como en la detección y sanción del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.⁹³

Tal parece que el cumplimiento o no de las recomendaciones no solo proviene de una falta de recursos técnicos, legislativos y económicos, sino de la propuesta político criminal que se plantee dentro de un ordenamiento jurídico, es decir lo político prima sobre lo técnico. Ante la presión por extender la prevención del fenómeno jurídico analizado, se piensa que el mayor logro es la presentación de catálogo de penas amplias y a veces absurdas, cuyo respaldo carece de una argumentación acorde a la realidad social y jurídica que vive una nación. En consecuencia, en lugar de volver efectivo un sistema lo debilita, y el objetivo principal queda lejos de cumplirse.

1.3. Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria

El Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria (en adelante solo Comité) fue constituido en 1974, para ejecutar procesos de cooperación y vigilancia bancaria entre los países del *G10*.⁹⁴ Dicho enfoque se extendió a otros países teniendo como base un conjunto de normas de supervisión financiera cuya aplicación no es vinculante, pero necesaria para prevenir a partir del control del sistema bancario el lavado de activos. Francisco Javier Amores Raza establece que el Comité actúa conforme lo siguiente: 1) Declaración de los principios sobre lavado de activos de 1988, que fija políticas básicas que toda entidad bancaria debe poner en práctica para erradicar el lavado de activos; 2) Lineamiento N°15 del conjunto de principios básicos sobre las operaciones bancarias que implica la obligación de evitar que los bancos sean utilizados como un medio para delinquir; y 3) Debida diligencia y control del cliente a fin de consolidar la confianza e integridad del sistema bancario.⁹⁵

Lo mencionado anteriormente ha sido incluido en el modelo de prevención financiero ecuatoriano con mayor énfasis a partir de la crisis bancaria de 1999. En los últimos años el enfoque antilavado ha reforzado la gestión de evaluación y riesgos respecto a la liquidez

⁹³ Daniela Cecilia Solano Córdova, “Una mirada realista a los regímenes internacionales de lavado de activos” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 75, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4736/1/T1755-MRI-Solano-Una%20Mirada.pdf>.

⁹⁴ El Grupo de los 10 o G10, está conformado por Bélgica, Canadá, Francia, Italia, Japón, los Países Bajos, Gran Bretaña, Estados Unidos, Alemania y Suecia, a partir de que en 1962 se diera el Acuerdo General de Préstamos, con el objetivo de fortalecer el Sistema Monetario Internacional.

⁹⁵ Francisco Javier Amores Raza, “Administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo en instituciones financieras, caso Corporación Financiera Nacional en Operaciones de Segundo Piso (CFN)” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 148, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4879>.

bancaria en sistema financiero local, en tanto puede ser afectada principalmente por la operaciones de bandas criminales organizadas a través de lavado de activos, por ello dichas directrices encaminadas hacia la transparencia financiera son implementadas en la normativa interna de las entidades controladas por la Superintendencia de Bancos y algunas cooperativas regentadas por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

En virtud de la cooperación internacional sobre la supervisión financiera, existen institutos sin fines de lucro que parten de los lineamientos planteados por el Comité, como es el Centro Internacional de Recuperación de Activos del Instituto sobre Gobernabilidad de Basilea, que ejecuta prácticas para la recuperación de activos y establece como punto principal de la lucha contra la corrupción: “la cooperación internacional, la voluntad política y la persistencia son clave, porque los activos a menudo se lavan en cadenas complejas a través de múltiples jurisdicciones. Estas habilidades y experiencia aún son raras en la mayoría de los países, especialmente en aquellos que sufren la corrupción”.⁹⁶

La Fiscalía General del Estado y Unidad de Análisis Financiero y Económico en el 2018, firmaron un acuerdo de cooperación interinstitucional para fortalecer las herramientas técnicas el nivel de capacitación en cuanto a la supervisión de operaciones inusuales dentro del sistema financiero , así también una de las finalidades del convenio es consolidar el intercambio de datos, coordinación de acciones para recuperar los capitales robados, elaborar proyectos de investigación en conjunto, entre otros mecanismos.⁹⁷

1.4. Grupo Egmont

El Grupo Egmont se constituye el 9 de junio de 1995 en Bruselas, con el objetivo de generar una línea de acceso a la información por parte de entidades investigativas judiciales principalmente en los estados partes del GAFI, es decir facilitar la entrega de información sobre actividades sospechosas vinculadas con el blanqueo de capitales, mediante la creación de Unidades de Inteligencia Financiera (UIFs), cuya definición se encuentra contenida en la Declaración de Propósitos celebrada en Madrid.⁹⁸ Aquellas UIFs se construyen como

⁹⁶ Instituto de Basilea sobre Gobernanza, “Nuestro Enfoque”, accedido 2 de junio de 2019, párr. 2, <https://www.baselgovernance.org/asset-recovery/our-approach>.

⁹⁷ El Comercio, “El Gobierno busca consolidar dos frentes contra la corrupción”, *El Comercio*, 20 de febrero de 2019, párr. 3, <https://www.elcomercio.com/actualidad/corrupcion-convenio-gobierno-instituciones-investigacion.html>.

⁹⁸ Olivo Rodríguez Huertas, “Marco internacional del lavado de activos”, en *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, cont. Norma Bautista et.al. (Santo Domingo: USAID, 2005),52.

instituciones de vigilancia y análisis de operaciones inusuales vinculadas a delitos económicos. En virtud de aquello el Grupo Egmont procura recomendar continuamente un trabajo conjunto entre las diferentes UIFs alrededor del mundo.

Esta organización cuenta con más de 157 países, cuyas UIFs deben cumplir con ciertos requerimientos para ingresar al Grupo Egmont. El proceso inicia con una carta de solicitud remitida al Secretario Ejecutivo de la Secretaría del Grupo Egmont, y posteriormente mediante el monitoreo y revisión de documentación presentada por el país solicitante, se realiza una visita *in situ* por parte de autoridades del grupo, otorgando una membresía a la UIF solicitante la cual deben firmar una carta de compromiso respecto a la cooperación en la entrega de información en casos de transacciones inusuales con el fin de desarrollar los ejes de lucha antilavado y contra la delincuencia organizada.⁹⁹

La UAFE ingresó al Grupo Egmont en 2016,¹⁰⁰ después de un largo proceso de adaptación legal y reformas desde el 2010, lo que llevó a que la dicha entidad tenga mayor centralidad en los procesos de denuncia y presentación de elementos probatorios para descubrir redes de lavados de activos en el país.

2. Prevención y control institucional

En la actualidad la rectoría de la política de prevención contra el lavado de activos le corresponde a la Junta de política, regulación monetaria y financiera,¹⁰¹ perteneciente al Ejecutivo y cuya función principal es diseñar medidas de prevención dirigidas a entidades del sector financiero y de su competencia, así como absolver consultas de la UAFE. Sin embargo, la labor de la Junta es regulatoria, siendo el inicio para que las entidades de control financiero ejecuten políticas de prevención antilavado. Cabe mencionar que su campo de acción no se extiende a un proceso de cooperación amplia con otras entidades ya de carácter investigativo como Fiscalía y la Policía Judicial.

La colaboración interinstitucional para prevenir el lavado de activos debe partir del análisis de las entidades señaladas en el artículo 16 de la Ley 2016, que indica la necesidad

⁹⁹ Egmont Group, “Como aplicar”, *Egmont Group*, accedido 06 de junio de 2019, <https://www.egmontgroup.org/en/content/how-to-apply>.

¹⁰⁰ Carlos Mauricio de la Torre Lascano y Marco Quintanilla Romero, “Organismos internacionales contra la lucha de lavado de activos”, en *Memorias científicas del VI Congreso internacional ciencias administrativas*, comp. Grecia Cardona Moscoso y Edgar Olivares Alvares (La Paz: Universidad Privada Franz Tamayo, 2017), 359, <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16581>.

¹⁰¹ Ecuador, *Ley orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*, art.9.

institucional de crear unidades complementarias antilavado de activos con el fin de solventar la eficacia en las investigaciones realizadas por la Fiscalía para iniciar una acción respecto a este delito. En dicho artículo se establece:

Las Superintendencias de Bancos; Compañías, Valores y Seguros; Economía Popular y Solidaria; Servicio de Rentas Internas; Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; Fiscalía General del Estado; Policía Nacional y todas aquellas que dentro del ámbito de su competencia consideren necesario hacerlo, crearán unidades complementarias antilavado, que deberán reportar reservadamente de conformidad con las normas aplicables para dicho efecto, a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) las operaciones y transacciones inusuales e injustificadas de las cuales tuvieren conocimiento. Dichas unidades antilavado deberán coordinar, promover y ejecutar programas de cooperación e intercambio de información con la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) y la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de ejecutar acciones conjuntas rápidas y eficientes para combatir el delito.¹⁰²

Entonces, en virtud del compromiso para prevenir y controlar el lavado de activos como se mencionó en el primer capítulo de esta investigación, es necesario que en un Estado garantista el sistema institucional se adecue al marco de respeto de los derechos y garantías constitucionales. Un panorama institucional técnico compatible con las recomendaciones de los órganos internacionales estudiados requiere para su efectividad no solo de directrices enfocadas a tipificar delitos previos y elevar penas, sino optimizar procesos de auditoría, estándares probatorios y planes estratégicos que debiliten la construcción del fenómeno abordado. En esta medida se recomienda comprender la estructura institucional antilavado desde dos perspectivas: la preventiva, conformada por órganos como la Superintendencias de compañías, valores y seguros; Superintendencia de Bancos Servicio Nacional de Rentas Internas, Contraloría General del Estado, Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador; y desde contexto plenamente investigativo que involucre entidades como la Fiscalía General del Estado, el Ministerio del Interior y la Unidad de Análisis Financiero y Económico.¹⁰³

Aquella estructura ha sido planteada teniendo en cuenta la práctica interinstitucional actual, que pese a la derogación de la Ley 2010, y la posterior promulgación de la Ley 2016, se ha mantenido un contexto parecido, en el que el desaparecido Consejo Nacional de Lavado de Activos (CONCLA) regentaba las estrategias principales de ciertos órganos del Estado para controlar el lavado de activos. Aquello fue razón primordial para otorgar competencias

¹⁰² *Ibíd.*, art. 16.

¹⁰³ Ver Anexo 2.

nuevas a la UAFE, a través de la ley y reglamento del 2016. En una noticia de prensa del diario *El Telégrafo* de junio del 2016 se explica:

[...] dicho cuerpo normativo se lo constituyó desde una lógica enteramente interdictiva y que, con criterios apartados de una verdadera institucionalidad estatal, se creó el Consejo Contra el Lavado de Activos que era erradamente presidido por la Procuraduría General del Estado (PGE), atribuyéndole competencias ajenas a su función. Esto habría generado una institucionalidad caduca e ineficiente en la lucha contra el blanqueo de activos y financiamiento de delitos, reza el documento. De ahí que la nueva ley busca ser una herramienta eficaz para la detección oportuna de actividades sospechosas efectuadas por personas naturales o jurídicas, relacionadas con el tráfico ilícito de activos.¹⁰⁴

A continuación, se mencionarán los aspectos básicos de las instituciones preventivas, pues las entidades investigativas requieren especial análisis en el próximo apartado de este capítulo.

2.1. Instituciones preventivas

La comunidad internacional promueve dentro de la estrategia contra el lavado de activos que maneja cada país exista una coordinación interinstitucional de prevención en la cual entidades del sector financiero y económico sean parte del ejercicio de esa regulación jurídico administrativa. A continuación, se analizan las principales instituciones encausadas a dicho objetivo:

2.1.1. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Al tener en cuenta que uno de los medios más utilizados por las organizaciones criminales para lavar dinero, es la conformación de empresas y compañías (como herramienta para ejecutar la transferencia y colocación fraudulenta de dineros y capitales), debe existir un proceso de vigilancia exhaustiva por parte de un órgano que inspeccione y regule el desarrollo y manejo de las actividades de dichas entidades. En este punto la Ley de Compañías establece:

Art. 432.- La vigilancia y control a que se refiere el artículo 431 será ex post al proceso de constitución y del registro en el Registro de Sociedades. La vigilancia y control comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Para estos efectos, la Superintendencia podrá ordenar las verificaciones e inspecciones que considere pertinentes.[...] Adicionalmente, de ser el caso, se cumplirá con la obligación de reportar a

¹⁰⁴ El Comercio, “La ciudadanía está obligada a reportar actividades sospechosas de lavado de activos”, *El Comercio*, 11 de junio de 2016, párr. 3-4, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/la-ciudadania-esta-obligada-a-reportar-actividades-sospechosas-de-lavado-de-activos>.

la entidad encargada de reprimir el lavado de activos, de haberse detectado indicios de las operaciones previstas en las letras c) y e) del Art. 3 de la Ley para Reprimir y Prevenir el Lavado de Activos, sin perjuicio de las acciones de los socios o terceros, a que hubiere lugar para el cobro de las indemnizaciones correspondientes.¹⁰⁵

Del artículo citado se colige, si bien la naturaleza de esta entidad es preventiva, una de sus funciones fundamentales es la obstaculización de actividades ilícitas de compañías, mediante capacitaciones, inspecciones y requerimientos informativos a las empresas sujetas a control, con el fin de que las entidades adquieran mayor diligencia y tengan el conocimiento necesario para poder determinar el momento en que se puedan enfrentar a un posible caso de lavado de activos, con ello al encontrar irregularidades tiene la responsabilidad de informar inmediatamente a fiscalía. Para estos fines fue creada la Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos adscrita a la Superintendencia de Compañías, como mecanismo técnico de control de presuntas operaciones vinculadas a lavado de activos de las empresas reguladas por la Ley de Compañías. Las funciones principales de esta dirección son: implantar un proceso especial de vigilancia en la creación y cumplimiento de un manual de prevención de lavado de activos; y por otro lado realizar inspecciones contables y financieras en las compañías reguladas por la superintendencia.¹⁰⁶

Es importante mencionar que la obligación de las compañías sujetas al control de la Superintendencia de llevar un manual de prevención consta en las Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento de Terrorismo y otros delitos.¹⁰⁷ Con este manual se busca organizar los fines internos de cada empresa y entidades de valores sujeta a control, y facilitar la entrega de informaciones y registros de actividades, especialmente vinculas con clientes y autoridades.

Actualmente la función de inspección y vigilancia que emprende la Superintendencia de Compañías es determinante para que la UAFE pueda sustentar la información que hace presumible un lavado de activos, y facilita las complejas operaciones de recaudación de elementos de convicción específicamente de carácter financiero para determinar el origen ilícito que constituye prueba indiciaria al momento de iniciar una investigación.

¹⁰⁵ Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, Suplemento, 5 de noviembre del 1999, art. 432.

¹⁰⁶ Ecuador Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, "Dirección nacional de prevención de lavado de activos", accedido 27 de abril de 2019, párr.6, <https://portal.supercias.gob.ec/wps/portal/Inicio/LavadoActivos>

¹⁰⁷ Ecuador, *Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento de Terrorismo y otros delitos*, Registro Oficial 396, Suplemento, 28 de diciembre del 2018.

2.1.2. Superintendencia de Bancos y Seguros

Uno de los espacios con más relevancia dentro del ejercicio y control preventivo antilavado es el sector financiero, al ser el escenario principal del que se vale la delincuencia organizada para hacer efectiva la etapa de colocación de activos ilegales en el mercado local. Las entidades bancarias que son socialmente responsables de la transparencia en las operaciones financieras deben construir un sistema efectivo que evite el cometimiento del ilícito en cuestión, aquello se refleja en los procesos de auditoría interna y elaboración de informe puestos en conocimiento de la UAFE. Sobre la importancia del control financiero, De la Haza explica:

El riesgo se presenta al poderse mellar en gran medida la reputación de un banco, desprestigiándolo al punto de generar una percepción negativa no solo en sus clientes, sino también en sus propios accionistas, potenciales inversionistas y otros agentes de mercado. Esta percepción negativa dificultaría la captación de recursos para poder a su vez colocarlos, es decir, dificultaría llevar a cabo la actividad principal del banco. Entonces, entre las razones por las que los bancos deben preocuparse por el riesgo de lavado de activos, está el hecho de que son las entidades más representativas del sistema financiero.¹⁰⁸

La preocupación por dicha alerta ha sido encauzada por el GAFI como un enfoque basado en riesgos cuyo objetivo es realizar un esquema de lineamientos al interior del sistema financiero para repeler los peligros presentados en caso de sospechar lavado de dinero. La Recomendación N°1 del GAFI en su parte pertinente se refiere precisamente a esta necesidad de una evaluación de riesgos de la siguiente manera: “Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones.”¹⁰⁹

Esta institución además de velar por la transparencia en el desarrollo de las actividades financieras de las entidades bancarias públicas y privadas, instituciones de seguridad social y ciertas cooperativas principalmente, involucra en sus parámetros la

¹⁰⁸ Antonio De la Haza Barrantes, Beatriz Aguedo Huiza y Vicente Rosales, “Ni dejar hacer ni dejar pasar: el compromiso de las instituciones bancarias peruanas frente al lavado de activos a través de la implementación de una metodología por riesgo”, *Derecho PUCP*, n.º80 (2018): 290, doi: 10.18800/derechopucp.201801.008.

¹⁰⁹GAFI, “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos”, núm. 11.

función de control técnico y vigilancia para prevenir el lavado de activos. Así también, el artículo 244 establece específicamente que: “Las entidades del sistema financiero nacional tienen la obligación de establecer sistemas de control interno para la prevención de delitos, incluidos el lavado de activos y el financiamiento de delitos como el terrorismo, en todas las operaciones financieras”.¹¹⁰

Se debe aclarar que las actividades de la Superintendencia de Bancos y Seguros a su vez están direccionadas por el ejecutivo a través de la Junta de Política y regulación monetaria y financiera, que se encarga de regular la emisión de normativa financiera y cuya articulación está contenida en el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero cuyo artículo 14 numeral 11 literal a): “Prevenir y desincentivar prácticas fraudulentas, incluidos el lavado de activos y el financiamiento de delitos como el terrorismo.”¹¹¹

El papel que juega dicha entidad en la investigación sobre un delito de lavado de activos es similar al rol que desempeña la Superintendencia de Compañías, esto es elaborar un informe teniendo como base la entrega obligatoria de documentos de estructuras internas, cumplimiento de funciones y registros de actividades, por parte de las entidades financieras, para que posteriormente dicho informe sea remitido a la UAFE, y en caso de requerirlo cuando exista irregularidades que puedan constituir lavado de activos, enviarlo directamente a Fiscalía para el inicio de un proceso investigativo.

Como medio para evitar irregularidades financieras que puedan suponer un manejo ilícito de dineros dentro de las entidades sujetas a control, se ha elaborado un Manual Técnico de Estructuras de Datos de Prevención de Lavado de Activos rediseñado por resolución N°JB2013-2453 y 2454, así como una guía para la elaboración de dicho manual, en el que cada órgano debe hacer constar desde sus políticas internas, sistema de reporte hasta las sanciones en caso de incumplimiento.¹¹²

¹¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, art.244.

¹¹¹ *Ibíd.*, art.14.

¹¹² Ecuador Superintendencia de Bancos y Seguro, “Manual técnico de estructuras de datos de prevención de lavado de activos – IFIS 2015”, *Superintendencia de Bancos del Ecuador*, 2015, 3, https://www.superbancos.gob.ec/bancos/wpcontent/uploads/downloads/2017/06/manual_prevenccion_lavado_activos_24_nov_15.pdf.

2.1.3. Servicio de Rentas Internas del Ecuador

El SRI al ser una institución que efectúa un control impositivo de los ingresos y egresos de los contribuyentes, sean estas personas naturales o jurídicas, debe emplear ciertos criterios más estrictos de control en la recaudación de información respecto a actividades inusuales de las personas y empresas sujetas a declarar impuestos. Uno de los objetivos más importantes de esta entidad es gestionar la política tributaria, lo que implica una gestión estratégica vinculada con la inteligencia tributaria y apoyo a la judicialización de casos que resultaren ser delictivos, esto con el fin de evitar la evasión tributaria y contribuir con la transparencia en el fomento del erario público.

La incorporación del lavado de activos como delito motivó que el SRI realice un análisis más profundo de la información tributaria requerida por la Fiscalía y UAFE a través del Departamento Inteligencia Tributaria, dentro de la Subdirección de Cumplimiento Tributario. Es así que el SRI ha implementado un Plan de Control y lucha contra el fraude fiscal, lo que evidentemente implica un proceso de colaboración para controlar delitos vinculados con la delincuencia organizada como es el lavado de activos. Dentro de este plan vale la pena mencionar la estrategia de renta orientadora a al combate de empresas fantasmas, el control de ingresos por operaciones inusuales y el control patrimonial normal e injustificado, lo que constituye un gran respaldo respecto al contexto preventivo e investigativo del lavado de dinero.¹¹³

Sin embargo, Carlos Pontón Cevallos, especialista en materia tributaria manifiesta que los procesos de colaboración interinstitucional desde el espacio tributario para prevenir el lavado de activos como tal no existen, en tanto el SRI únicamente actúa a pedido de la UAFE en casos excepcionales de requerimientos de información tributaria para complementar los Registros de Operaciones Sospechosas. No hay una unidad que se dedique exclusivamente a detectar lavado de activos, en tanto las funciones del SRI se manifiestan en el control tributario.¹¹⁴ Ante esto, se considera necesario un cambio estructural para que la colaboración sea directa con la UAFE y la Fiscalía en el control de dicho ilícito.

¹¹³ Ver Anexo 1.

¹¹⁴ Carlos Pontón Cevallos, entrevistado por la autora, 26 de junio de 2019.

Para Alan Sierra N., el papel que juega el SRI en la investigación del lavado de activos es de gran importancia debido a que enfrenta de manera directa el rol impositivo de cada persona al momento en que declara sus impuestos frente a su estilo de vida real:

Identificar y recuperar los recursos perdidos por la corrupción es el primer paso para equilibrar el presupuesto del Estado y cumplir con proyectos sociales, evitando otra reforma tributaria enfocada al incremento de nuevos impuestos. Se podrán obtener resultados exitosos si el SRI mantiene un proceso técnico, independiente y alejado de la política, brindando a su personal mayor capacitación en materia de prevención de lavado de activos, salvaguardando la integridad de aquellos funcionarios públicos que sí han cumplido correctamente con su labor.¹¹⁵

Al contrario con lo establecido por el autor citado, Pontón Cevallos, reitera que el control respecto del SRI en comparación con otros estados es todavía incipiente, no obstante los pasos que se han dado en los último cinco años han sido satisfactorios sobre todo en la entrega de información presuntiva a entidades netamente judiciales como la Fiscalía General del Estado, pues los datos que maneja la institución tributaria no son solo locales sino que operan sobre el manejo de información tributaria de personas que se encuentran fuera del territorio nacional facilitando de mejor manera el requerimiento de elementos de convicción que requiere las autoridades judiciales en el proceso de investigación de este delito.¹¹⁶

2.1.4. Contraloría General del Estado

La labor de esta institución está vinculada al control, transparencia y prevención de corrupción en la administración de recursos públicos, para dicho fin es determinante la elaboración de informes de auditoría y control respecto al patrimonio sobre todo de funcionarios públicos. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece en su artículo 8 que:

Mediante el sistema de control, fiscalización y auditoría se examinarán, verificarán y evaluarán las siguientes gestiones: administrativa, financiera, operativa; y cuando corresponda gestión medio ambiental de las instituciones del Estado y la actuación de sus servidores. En el examen, verificación y evaluación de estas gestiones, se aplicarán los indicadores de gestión institucional y de desempeño y se incluirán los comentarios sobre la legalidad, efectividad, economía y eficiencia de las operaciones y programas evaluados.¹¹⁷

¹¹⁵ Alan Sierra N., “El lavado de activos en el Ecuador”, *El Universo*, 17 de septiembre de 2017, párr.5, <https://www.eluniverso.com/opinion/2017/09/17/nota/6384298/lavado-activos-ecuador>

¹¹⁶ Carlos Pontón Cevallos, entrevistado por la autora, 26 de junio de 2019.

¹¹⁷ Ecuador, *Ley orgánica de la contraloría general del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2001, art.8.

Entonces al ejecutar una gestión de verificación sobre las actividades de las entidades públicas, en caso de constatar alguna irregularidad se debe informar a otras instituciones, como por ejemplo la Fiscalía. Es decir, para establecer responsabilidades por algún delito contra la administración pública, se emite un informe de procedibilidad como requerimiento para iniciar una investigación por parte de Fiscalía, sin dicho informe se torna dificultoso iniciar una acción penal. Ahora bien, el caso de lavado de activos es diferente, pues el informe de esta entidad no tiene el carácter de vinculante para iniciar una acción penal, pero es relevante en conjunto con indicios extraídos de otras instituciones como las analizadas anteriormente, esto es la Superintendencia de Compañías, Superintendencia de Bancos y Seguros, y el SRI, para poder justificar la existencia de un origen ilícito que haga presumible un lavado de dinero.

Una gestión eficaz por parte de esta entidad garantiza el debido proceso dentro de una investigación de lavado de activos, no obstante, en los últimos años han saltado a la palestra pública casos de corrupción venidos de las propias instituciones del Estado. Uno de los más sonados el *Caso Odebrech*¹¹⁸ del cual se derivaron varios delitos contra la administración pública, si bien algunos fueron sancionados, otros tantos se encuentran en proceso de investigación. Aquello refleja la compleja situación que atraviesa este órgano, en tanto dentro de la trama delictiva Odebrech estuvo involucrado además el ex contralor Carlos Pólit, siendo condenado por actos de corrupción.¹¹⁹

Lo anterior llevo a que se fortalezcan los sistemas de auditoria como medio para combatir la corrupción en el sistema estatal, un ejemplo es la firma del acuerdo de cooperación interinstitucional, entre a Fiscalía General del Estado, la Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado, cuyo fin en palabras del contralor encargado es: “La defensa del interés del Estado debe ejercerse desde las competencias y funciones específicas de cada institución, pero también mediante una vigorosa cooperación

¹¹⁸ El Departamento de Justicia de los Estados Unidos realizó una investigación a la empresa de construcción brasileña Odebrecht, en la que se concluyó el 21 de diciembre del 2016 que esta había ejecutado actos de corrupción y delitos como lavado de activos, concusión y enriquecimiento ilícito en los que fueron implicados jefes de estado y autoridades con altos cargos en más de 12 países alrededor del mundo, entre ellos Ecuador.

¹¹⁹ Ecuadorinmediato, “Ecuador no cuenta con Contralor General del Estado legal por más de 23 meses”, *Ecuadorinmediato*, 09 de mayo de 2019, párr.1, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818854156.

interinstitucional que haga posible una acción integral y eficiente de robustecimiento de la lucha contra la corrupción, sanción de los delitos y recuperación de los activos".¹²⁰

2.1.5. Servicio Nacional de Aduana del Ecuador

La SENA E realiza operaciones de control vinculadas con el comercio exterior, a través de la verificación de la legalidad de las importaciones que llegan al país diariamente. Es otra de las instituciones cuyo rol resulta fundamental para el proceso investigativo de lavado de activos, teniendo en cuenta que inclusive cuenta con una Dirección de Vigilancia Aduanera, encargada ejecutar actividades para prevenir delitos aduaneros, por lo que se mantiene en constante colaboración con la de la Fiscalía General del Estado. Es por esto que uno de sus objetivos institucionales es intervenir en el control del lavado de activos reportando cualquier entrada o salida inusual de bienes y capitales.¹²¹

Ejemplo de lo anterior es una reciente denuncia realizada por la directora de la SENA E contra la empresa Xinglong S.A. por un presunto delito de lavado de activos, puesto que en las instalaciones de dicha empresa se encontraron depósitos de dinero que sumaban 116.820 dólares, además se verificó que existía maquinaria china sin respaldos de adquisición. La SENA E señaló que estas maquinarias fueron reportadas con el monto de cero dólares de importación en el año 2014, pero en realidad fueron compradas en 30, 000, 000 dólares. Estos indicios sirvieron para presentar su acusación.¹²²

Como se evidencia el carácter preventivo del delito de lavado de dinero que emprende la SENA E implica una vigilancia más detallada en lo que se refiere a la trama comercial, lo que es necesario sobre todo cuando se trata de empresas extranjeras que introducen bienes y remesas en el país.

Ahora bien, el control de las instituciones antes mencionadas constituye soporte para el ejercicio investigativo de la Fiscalía e información que la UAFE requiera al formular sus Registros de Operaciones Sospechosas en caso de suponer un lavado de activos. No obstante, se cree que existiría un nivel de cooperación más amplio si la organización institucional

¹²⁰ Plan V, "Palos de ciego en la lucha contra la corrupción", *Plan V*, 12 de febrero de 2019, párr.7, <https://www.planv.com.ec/historias/politica/palos-ciego-la-lucha-contra-la-corrupcion>.

¹²¹Ecuador Servicio Nacional de Aduana, "Unidad de vigilancia aduanera", *Servicio nacional de aduana del Ecuador*, accedido el 15 de junio del 2019, párr.1, <https://www.aduana.gob.ec/quienes-somos-uva/>.

¹²²El Telégrafo, "Casos de defraudación y lavado de activos se detectaron en acería china", *El Telégrafo*, 09 de enero de 2019, párr. 9-10, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/casos-defraudacion-lavado-activos-aceria-china>.

antilavado es reconstruida. La propuesta iría encaminada en miras a una estructura institucional como la colombiana que implementó un modelo denominado Sistémico, amplio y bidireccional (SAB), que implica fomentar una articulación más técnica y eficiente entre las autoridades involucradas en la cadena de prevención, investigación y judicialización del delito, en donde el diálogo, evolución técnica y adecuada transferencia de información forman parte del núcleo del sistema.¹²³ Aquel modelo es aplicable a la UAFE, con el objetivo de que las instituciones de control mejoren las operaciones de control internas no solo con la elaboración de manuales sino con canales de información directas con la UAFE, Fiscalía y Policía Judicial, esto podría solventar las fallas dentro del proceso investigativo partiendo de indicios más claros que ayuden a reconocer el origen ilícito del lavado de activos, además de reducir los tiempos en la entrega de datos relevantes.

3. Actuaciones conjuntas entre Fiscalía General del Estado y Unidad de Análisis Económico y Financiero

Como se había mencionado en la introducción del presente estudio, el análisis del proceso técnico investigativo, y las operaciones conjuntas entre Fiscalía y UAFE, van a ser vistos desde la perspectiva de la etapa de instrucción fiscal, pues es esta la etapa en donde se forma el núcleo plenamente investigativo para esclarecer los hechos, teniendo en cuenta que no todos los delitos conllevan una fase de investigación previa, pues pueden cometerse en flagrancia, es indispensable centrarnos en la instrucción fiscal, cuya finalidad es: “determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada”.¹²⁴ Posteriormente, cuando se hable de la prueba indiciaria se hará referencia además, a la actividad del juzgador dentro de la etapa de juicio.

3.1. La necesidad de una investigación autónoma

Anteriormente se mencionó que la autonomía procesal del lavado de activos implicaba que el objeto material de este delito y de la conducta subyacente no era el mismo, razón por la cual la prueba indirecta (origen ilícito) sirve para formular una acusación. De la misma manera se estableció que aquello podría vulnerar la garantía básica del debido proceso sino se contaba con el apoyo técnico de dependencias capacitadas en temas vinculados con

¹²³ Colombia Unidad de información y análisis financiero, *Las unidades de inteligencia financiera y el sistema antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo: Un nuevo modelo de gestión: Sistémico, amplio y bidireccional (SAB)* (Bogotá: UIAF, 2014), 26.

¹²⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 590.

delitos económicos y lavado de activos. Precisamente, para evitar un abuso en la restricción de derechos que conlleva la averiguación del lavado de activos, y no poner en detrimento el debido proceso, se necesita afirmar la autonomía procesal con una trama institucional técnica que haga posible llegar a la verdad que esconde este delito.

En el Ecuador, el máximo órgano de investigación criminal, la Fiscalía teniendo en cuenta que la prejudicialidad o procedibilidad no son requisitos necesarios para investigar el lavado de activos, ha trazado su estructura interna propia para el efecto, intentando diferenciar la investigación propia de lavado de activos respecto de la conducta que le dio origen, con lo que se puede confirmar una verdadera autonomía investigativa. Aquello también impide que en el trascurso del proceso puedan presentarse obstáculos como falta de cooperación con otras entidades locales e internacionales, y que exista un exceso de limitación de derechos del procesado que puedan generar su vulneración.

Cabe añadir, que, a diferencia de otro tipo de delitos, el papel del fiscal dentro de la investigación por lavado de activos tiene una connotación particular, no solo por la difícil tarea de descubrir la verdad principie una prueba indirecta, sino por la restricción de derechos que ameritan las averiguaciones a las que se debe ceñir. Para Marcial Eloy Páucar Chappa: “[...] hoy el Fiscal lleva sobre sus hombros el peso de la dirección de las investigaciones del delito de lavado de activos en una perspectiva distinta, donde quedan cortas las herramientas procesales clásicas, para dar paso a nuevas técnicas de investigación radicalmente orientadas en una lógica totalmente diferente a las anteriores”.¹²⁵

El sistema especial aplicado al análisis del lavado de activos en el país tiene como punto de partida la existencia de un Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses establecido en el artículo 443 numeral 1 del COIP. Es por ello la importancia de contar con fiscales especializados en delitos económicos y lavado de activos como señalaba Páucar Chappa, caso contrario y como se mencionará adelante se torna aún más compleja la investigación respecto al ilícito.

3.1.1. Unidades Antilavado de Activos

La Unidad Antilavado de Activos de la Fiscalía General del Estado fue estructurada mediante Resolución N°106-FGE-2014 y reformada a través de la Resolución N°25-FGE-2017. Es la primera dependencia interna especializada en la aplicación de técnicas de

¹²⁵ Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado de Activos*, 73.

investigación enfocada únicamente en lavado de dinero. Una de sus funciones principales es solventar la carga procesal para mejorar las operaciones técnicas de investigación y así poder palear la creciente criminalidad organizada. El artículo 6 de la resolución mencionada establece: “Para el cumplimiento de las actividades misionales, la fiscalía tipo contarán con el apoyo de analistas con experiencia en materias relacionadas con la naturaleza de los delitos investigados, cuyo resultado de análisis será puesto en conocimiento del Fiscal a cargo de la investigación”.¹²⁶

La colaboración técnica requiere de un trabajo conjunto con la policía judicial a través de la Unidad de Lavado de Activos, que fue la primera entidad en manejar un programa bien elaborado de indagación criminal referente a lavado aun cuando dicho delito no se encontraba tipificado como tal en la legislación, razón por la cual es fundamental que la actividad del fiscal se soporte de la labor de esta unidad cuyo personal está capacitado específicamente en averiguación de este tipo de delito económico, es decir: “El trabajo que realiza la Unidad de Lavado de Activos no se basa solo en el análisis financiero de la información, simultáneamente se ejecutan trabajos de campo que permiten complementar las investigaciones; mediante personal especializado en investigaciones de este tipo”.¹²⁷

Dentro del trabajo conjunto con estas entidades investigativas, se debe recordar una de las recomendaciones de los organismos internacionales que luchan contra el lavado de activos, esto es, la implementación de unidades de inteligencia financiera que sirvan como herramienta para alertar a los órganos de investigación judicial sobre operaciones inusuales económicas de personas naturales y jurídicas, que puedan constituir un blanqueo de capitales.

3.1.2. Unidad de Análisis Financiero y Económico

Si bien el análisis de la actividad ejercida por la UAFE suele vincularse con la cooperación internacional antilavado, es menester dentro de la presente investigación examinar dicha institución como parte de la estructura interna antilavado. Aunque su naturaleza sea la de una institución con independencia administrativa, es considerada como el organismo técnico principal que concede información económica inusual para

¹²⁶ Ecuador Fiscalía General del Estado, *Resolución n°25-FGE-2017*, Registro Oficial 23, Suplemento, 27 de junio de 2017, art.6.

¹²⁷ Policía Nacional del Ecuador, “Unidad de lavado de activos”, *Policía Nacional del Ecuador*, párr.7, <https://www.policiaecuador.gob.ec/unidad-de-lavado-de-activos/>.

complementar elementos de convicción que servirán para darle el inicio a la investigación fiscal de lavado de activos.

Esta entidad tiene como antecedente la Ley 2010, entonces constituida como Unidad de Inteligencia Financiera adscrita al desaparecido CONCLA. Tiempo después cambia de denominación a Unidad de Análisis Financiero, no obstante, es con la expedición de la Ley 2016, pasa a ser Unidad de Análisis Financiero y Económico parte del Ministerio Coordinador de la Política Económica. El artículo 11 de la ley anteriormente mencionada, en cuya parte pertinente se señala:

La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) solicitará y recibirá, bajo reserva, información sobre operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas para procesarla, analizarla y de ser el caso remitir un reporte a la Fiscalía General del Estado, con carácter reservado y con los debidos soportes. La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), colaborará con la Fiscalía y los órganos jurisdiccionales competentes, cuando estos lo requieran, con toda la información necesaria para la investigación, procesamiento y juzgamiento de los delitos de lavado de activos y financiamiento de delitos.¹²⁸

Algunos autores, como Raúl Pariona Arana no están de acuerdo que la actividad de esta institución sea en algunos casos determinante para iniciar un proceso investigativo, en tanto la elaboración de informes o reportes por parte de esta entidad servirían como único medio para determinar el origen ilícito del delito, además, en muchos casos no se tomaría en cuenta otros elementos probatorios que en conjunto puedan develar la existencia del ilícito. El mencionado autor señala para: “Una sanción por el simple dato del desbalance o falta de justificación patrimonial, supone una inversión de la carga de la prueba que claramente perjudica al ciudadano investigado y constituye una grave violación constitucional”.¹²⁹ Aquello haría suponer a primera vista que basarse en un informe no judicial para iniciar una investigación por el delito de lavado (como sustituto de una sentencia o un proceso iniciado por el delito fuente), constituiría un atentado para el principio de presunción de inocencia parte del debido proceso.

Sin embargo, no se puede considerar que la actividad de la UAFE ponga en detrimento derecho alguno, ya que tanto en la ley como en la práctica el registro que manejan este tipo de entidades de análisis financiero engloba una investigación y auditoría completa,

¹²⁸ Ecuador, *Ley orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*, art.11.

¹²⁹ Pariona Arana, “Consideraciones sobre la llamada autonomía del delito de lavado de activos”, 372.

basado en una investigación desprendida de los documentos entregados por los órganos de prevención estudiados en apartados anteriores, así como una investigación *in situ* por parte de la institución de análisis financiero, añadiendo además que el reporte que emite esta unidad no es vinculante.

La UAFE cuenta con una estrategia de investigación en la cual deben intervenir los sujetos obligados a través de sus oficiales de cumplimiento señalados en los artículos 4 y 5 de la Ley 2016: Existen dos tipos de información que los sujetos obligados deben remitir a la UAFE dentro de los quince días posteriores a cada mes, el Reporte de Operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas (ROIIs); y el reporte individual de transacciones cuando el monto de la actividad que desempeña la persona jurídica o natural sea igual o mayor a diez mil dólares, o se establezcan en beneficio de una misma persona. Estos informes deben ser remitidos en medios magnéticos adjuntando la documentación que justifique porque dicha información es considerada riesgosa.¹³⁰ Es decir la documentación enviada por las entidades de control y prevención contiene información basada en los procesos de auditoría interna, en la que se pueda respaldar la posible existencia de un manejo inusual de los dineros y activos en la actividad regular de una empresa y persona natural.

Solo con la seguridad de que se han detectado operaciones en apariencia irregulares es que la UAFE, y sin importar el carácter reservado que puedan tener, en caso de que Fiscalía lo requiera deben remitir un informe ejecutivo y el ROIIs, cuando se presuma un posible lavado de activos. Con la reforma legal del 2016, se ha facilitado el acceso y búsqueda de información para las unidades especializadas de Fiscalía. En un análisis estadístico contenido en el Plan Estratégico Institucional de la UAFE para el periodo 2018-2021 se colige lo siguiente que en el año 2017 Fiscalía solicitó alrededor de 787 Informes Ejecutivos durante el año 2017, de los que 2.872 correspondían a personas naturales y 533 a personas jurídicas.¹³¹

Ahora bien, estableciendo de una manera clara el panorama de colaboración entre estas dos instituciones, en miras a un mejor desarrollo del proceso iniciado por Fiscalía, la

¹³⁰ Ecuador, *Ley orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*, art.4.

¹³¹Ecuador UAFE, “Plan estratégico institucional 2018-2021”, *Unidad de análisis financiero y económico*, 2018, 9, https://www.uafe.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/06/Planificaci%C3%B3n-Estrat%C3%A9gica-UAFE_2018-2021.pdf.

UAFE ha mantenido constantes programas de capacitación dirigidos a los sectores bancarios, inmobiliarios y sujetos obligados. Uno de los ejemplos más recientes es el convenio de capacitación firmado entre la UAFE y Asobanca (Asociación de Bancos del Ecuador) con el objetivo de mejorar las técnicas de detección de lavado de activos por parte del sector privado, o el convenio firmado con la CNE para detectar operaciones inusuales en las campañas electorales. Además, se debe resaltar que en el año 2017 se impartió capacitaciones online a través de la página de la UAFE, esto facilitó que más funcionarios puedan acceder de manera fácil, rápida y de manera gratuita a proceso de formación en prevención de lavado de activos. En el Plan Estratégico 2018-2021 de la UAFE se señala lo siguiente:

Dentro de la gestión desarrollada para prevenir el LA/FD se encuentran los procesos de capacitación dirigida a los Sujetos Obligados. En el año 2017, se incluyeron capacitaciones bajo la modalidad e-learning y se incrementó la asistencia de los participantes por evento con el objetivo de optimizar los esfuerzos logísticos y ampliar la cobertura, las temáticas que se imparten de manera permanente son: Fundamentos sobre prevención de lavado de activos y financiamiento de delitos, Prevención LA/FD oficiales de cumplimiento inmobiliarias y constructoras, Prevención LA/FD oficiales de cumplimiento vehículos.¹³²

Como se puede evidenciar la UAFE, no solo mantiene un proceso de colaboración con la FGE, sino que existen los programas de cooperación con otras instituciones del Estado, implementados en los últimos tres años que han mejorado (aunque no es su totalidad) el manejo técnico en la obtención de información relevante para evitar y sancionar el lavado de activo. Herminia Suárez, autoridad principal de la Dirección de Prevención de la UAFE, comenta que actualmente existen medidas a largo plazo que involucran a instituciones no pertenecientes al sector financiero, como grupos colegiados de profesionales, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o Consejo de la Judicatura, en programas de capacitación especializados en el conocimiento del fenómeno delictivo y manejo de técnicas básicas de prevención. Manifestó además la importancia de la entrega de información requerida por las unidades judiciales, y de investigación, en tanto personal de la UAFE al otorgar los datos solicitados explican cuestiones metodológicas, tecnológicas y de control que solo ellos operan, para el mejor entendimiento de los Reportes de Operaciones Sospechosas.¹³³

Suarez indicó además que al expedirse la Ley 2016, el sistema preventivo mejoró ampliamente, en primer lugar y como se ha establecido anteriormente se cuenta con políticas

¹³² Ecuador UAFE, *Plan estratégico institucional 2018-2021*, 11.

¹³³ Herminia Suárez, entrevistada por la autora, 09 de julio de 2019.

de capacitación y talleres mensuales gratuitos presenciales y virtuales dirigidos a los sujetos obligados. Ejemplo de aquello son las capacitaciones que reciben en la actualidad los funcionarios de Fiscalía, con lo que se facilita su labor investigativa al tener mayor entendimiento sobre el desarrollo de cada una de las etapas de delito. En segundo lugar la preocupación por que los casos de lavado de activos puedan perjudicar la economía del país ha incentivado un trabajo de inspección más estricto en los órganos de control interno como las Superintendencias, por ello un dato importante que demuestra además el avance de las políticas de prevención que maneja la UAFE, se vincula con procedimientos de detección de actividades inusuales respaldados en un Sistema de prevención de riesgos en el cual los sujetos obligados deben emitir a la institución junto con su respectivo Manual de prevención de lavado de activos.¹³⁴

3.2. Obstáculos en la labor investigativa referente a la cooperación interinstitucional

Hasta el momento se han mencionado diversos avances institucionales y cooperativos antilavado de activos, no obstante, y pese a que el país logró salir de la lista negra de la GAFI, se evidencian todavía una labor investigativa llena de obstáculos que, si bien procuran no desconocer el debido proceso y dentro de este la presunción de inocencia, resulta difícil estabilizar aquello con una lucha óptima contra la delincuencia organizada. Es decir, en un contexto en que prima erradicar el lavado de activos, siempre se va a preferir manejar técnicas que en alguna medida van a perjudicar dicho principio, inobservando que las medidas tomadas para averiguar el ilícito deben ser las menos lesivas posibles.

Luis Rosero Méndez, Fiscal Antilavado de Activos n°1 de la FGE, al respecto comentó que en la actualidad son múltiples las trabas a las cuales se enfrenta en ejercicio de sus funciones, por ejemplo para poder determinar si bienes, dineros o capitales son de origen ilícito, es requisito legal notificar a la persona que maneja esos capitales, pero al realizar dicha diligencia la mayor parte de tiempo estos son trasladado a otras cuentas o desaparecen haciendo imposible determinar el origen ilícito del que proceden. Este problema empeora con los plazos que la ley da para la investigación que demora dos años, tiempo suficiente para que los sospechosos diversifiquen aquellos capitales.¹³⁵

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Luis Rosero Méndez, entrevistado por la autora, 10 de mayo de 2019.

Es decir, uno de los obstáculos principales en la investigación del delito en cuestión se vincula con los plazos para la práctica de diligencias, que respecto al tiempo señalado con otros delitos resulta corto, pues el descubrimiento de la verdad en este tipo de ilícitos económicos es más compleja y requiere un cumulo de recursos y técnicas especiales. Este óbice se presenta con más claridad en los casos de flagrancia de lavado de activos, los cuales dentro del periodo 2014 a 2018 se registraron 62 de los cuales 26 han tenido la característica de flagrancia. En este sentido, la ex directora de la UAFE, Diana Salazar manifestó que estos casos no concluyen con sentencia condenatoria debido a que se estiman otras salidas al proceso penal debido a que no se puede probar la existencia ni responsabilidad delictiva, aquello vinculado al tiempo precario señalado en la ley para la investigación de delitos flagrantes. Salazar agrega que “ [...] al declarar en flagrancia estos casos el tiempo de investigación, de solo 30 días, es muy corto, lo que complica que se puedan obtener pruebas suficientes [...]”.¹³⁶ Ahora bien, otro problema está vinculado a la imposibilidad de dictar medidas cautelares previas, pues solo en el momento en que se formula cargo puede un juez otorgarlas, pero con la limitación del proceso de notificación y al no tener algún sustento para iniciar la investigación, consecuentemente resulta imposible otorgar dichas medidas.¹³⁷

Respecto a la información que puedan servir para iniciar un proceso investigativo y que no esté vinculada al acceso nacional, es importante señalar la colaboración internacional. En este punto el Grupo EGMONT, ejecuta acciones tendientes a mejorar la institucionalidad de las entidades de inteligencia financiera, “ayuda, asimismo, al establecimiento y funcionamiento de este género de entidades nacionales, facilitando capacitación y asistencia técnica”¹³⁸. No obstante, de que el Ecuador ingreso a dicho grupo con la reforma de la Ley en el 2016, todavía existen trabas en la concesión y asistencia para acceder a información vinculada con el lavado de dinero.

En la entrevista realizada a Luis Rosero se determinó que el tiempo de envío de esa información es bastante extenso, en los casos más rápidos llega en un periodo de seis meses. Esto empeora al no tener una base de datos compartida y de acceso fácil en las unidades de investigación. Este tipo de óbices no solo se dan a nivel local, sino en la mayor parte de países sudamericanas. En Perú, por ejemplo, Paúcar Chappa establece:

¹³⁶ Plan V, “Las cifras de lavado de activos en Ecuador”, párr.15.

¹³⁷ Luis Rosero Méndez, entrevistado por la autora, 10 de mayo de 2019.

¹³⁸ Caparros, “La fenomenología del lavado de dinero”, 27.

Actualmente no existe una base de datos a la que el Fiscal pueda acceder a información que es útil para la investigación, como en el caso de Personas Expuestas Políticamente o PEP's (*politically exposed persons*). La extrema formalidad de tercerización de la información muchas de ellas contenidas en entidades públicas hace que el plazo se dilate más de lo necesario, y se desgasten esfuerzos innecesarios.¹³⁹

Dicho obstáculo se profundiza cuando la información requerida se encuentra en paraísos fiscales, que son reticentes a entregarla, argumentando el libre control de efectivos que mantienen en sus casas financieras, los cuales carecen de control interno. Ante esto debería abordarse una política común de control tributario, no obstante autores como Carlos Mauricio de la Torre Lascano opina que aquello no es factible en tanto aquellos paraísos fiscales se encuentran contradictoriamente en países considerados los máximos defensores de la lucha antilavado de activos (por ejemplo, Estado Unidos), y los principales sancionadores de países catalogados no cooperantes, por lo que existe un discurso de doble moral por parte de estos sectores.¹⁴⁰

Ahora bien, se puede establecer que la falta de recursos económicos todavía se mantiene como uno de los óbices más importantes que evita el desarrollo inmediato de nuevas técnicas de detección de lavado de activos. Herminia Suárez, establece que si bien existe una mejora de las técnicas de prevención, la carencia de insumos financieros ha demorado la implementación de proyectos tendientes principalmente a la recuperación de activos, o como por ejemplo la elaboración de una matriz de Evaluación Nacional de Riesgos con el fin de establecer el contexto actual en cifras de las operaciones vinculadas al lavado de dinero y establecer directrices que mitiguen dichos riesgos.¹⁴¹ Es por ello que la innovación técnica y la contratación de personal especializado se ha dado a largo plazo.

El avance en los procesos de colaboración interinstitucional y capacitación en el manejo de prevención e investigación de lavado de activos ha evolucionado en los últimos 5 años desde la elaboración del COIP, y la Ley 2016, demostrando la intención de elaborar una política de prevención acorde con los estándares internacionales y a la altura de otros países

¹³⁹ Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado de Activos*, 67.

¹⁴⁰ Carlos Mauricio de la Torre Lascano, "Relación existente entre paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación tributaria. Un análisis desde la normativa de Ecuador", *Revista de la Facultad de derecho* (Universidad Central del Ecuador) n.º 43 (2017):13-46, url: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n43/2301-0665-rfd-43-00003.pdf>.

¹⁴¹ Herminia Suárez, entrevistada por la autora, 09 de julio de 2019.

en el fin de combatir la delincuencia organizada. Sin embargo, todavía existen trabas en los procesos de comunicación y entrega de información directa. Se ha podido establecer que dentro del proceso preventivo las entidades a cargo manejan esquemas bien estructurados pese a los recursos económicos insuficientes, pero la ausencia de una comunicación directa de la entidad de control con los tres ejes de investigación como son la UAFE, la FGE y la Policía Judicial, la poca colaboración en la entrega de información de países considerados paraísos fiscales han sido causa aparente de la demora en la resolución de estos casos.

Es necesario aclarar que pese a las dificultades dicha comunicación entre entidades preventivas e investigativas demuestran el respeto a las garantías básicas del debido proceso, en tanto de las entrevistas realizadas se ha determinado que para que proceda una investigación y posterior acusación de lavado de activos hacia una persona jurídica o natural, los informes de actividades inusuales y el ROII, se sustentan en auditorías internas, manuales de prevención y un estricto control del cumplimiento de las Recomendaciones del GAFI, y de allí parte los agentes fiscales para poder iniciar la acción penal, inclusive una vez que se obtiene el ROII, aquello no es suficiente ni vinculante para empezar una investigación, sino que debe evaluarse otros elementos como registros patrimoniales, actividades financieras de las personas presuntamente involucradas. Si bien, la no justificación de origen ilícito sería el elemento probatorio nuclear con el que se inicia el proceso investigativo, las consideraciones que respaldan su carácter no violatorio de la presunción de inocencia ni el debido proceso son claras, cuestiones a las que nos referimos en el capítulo siguiente.

3.3. Necesidad de un protocolo internacional

Ante los obstáculos presentados en la labor investigativa, es necesario establecer la necesidad de un cambio que no parta de la institucionalidad interna, sino que se desprenda de la colaboración de la comunidad internacional. En Latinoamérica no existe un protocolo de investigación per se sobre lavado de activos, si existen guías y manuales internos, como Chile, por ejemplo, tienen una Guía para la Investigación Patrimonial en Lavado de Activos y Delitos Precedentes, elaborado por autoridades de gobierno, fiscalía, y policía, cuyo objetivo es: “establecer una metodología y sistematización respecto de los pasos a seguir para desarrollar una investigación patrimonial adecuada, dando cumplimiento irrestricto a los

estándares internacionales y la normativa vigente”.¹⁴² Otro ejemplo, y como ya se había comentado anteriormente, Colombia, si bien carece de un manual de investigación, existen bases de apoyo desde la UAF de ese país, como con el *Modelo de gestión SAB, Sistémico, Amplio y Bidireccional*, en la que se procura una consolidación de la comunicación y dotación de información financiera y patrimonial interinstitucional, para facilitar la investigación del lavado de activos.

En Argentina se pretende implementar un Protocolo para la prevención y detección de delitos económicos, el fin es: “que luego de detectar el presunto delito, se origina una “alerta sospechosa” que le permite a Dirección de Investigación Patrimonial del Ministerio de Seguridad comenzar una investigación para determinar si efectivamente se trata de un delito económico”.¹⁴³ En este caso, se permite desde la sospecha de una inconsistencia patrimonial clara se pueda principiar un proceso de análisis delictivo.

En Ecuador, todavía no se implementa un protocolo de investigación para la investigación de lavado de activos, pero existió la propuesta en el año 2018, por parte de la UAFE, de elaborar un Protocolo de Recuperación de Activos, con la finalidad de que los productos del lavado de activos puedan ser localizados e incautados definitivamente,¹⁴⁴ esto como medida ex post que busca que dentro del proceso investigativo, no se restrinja *prima facie* derechos patrimoniales, sino después de haber declarado la existencia del delito y la responsabilidad de la persona procesada.

Ahora bien, si bien la existencia de un Protocolo de Investigación de Lavado de activos en el marco latinoamericano es inexistente, un logro puede verse desde la perspectiva de la colaboración intercontinental, sobre todo con Europa a través del Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Globalizado, o también llamado PACCTO, que implica la asistencia técnica de la Unión Europea a países latinoamericanos, para reforzar la técnica investigativa sobre delitos económicos vinculados con la criminalidad organizada, uno de ellos el lavado de activos. Como ejes transversales de cooperación tiene los siguientes:

¹⁴² Unidad de Análisis Financiero de Chile, “Guía para la investigación patrimonial en lavado de activos”, 21 de diciembre de 2019, párr. 4, <https://www.uaf.cl/estrategia/guia.aspx>

¹⁴³ “Protocolo para la detección y prevención de delitos económicos”, *Agenciafe*, 21 de diciembre de 2019, párr.2, <https://agenciafe.com/nota/312510-Protocolo-para-la-deteccion-y-prevencion-de-delitos-economicos>

¹⁴⁴ Ecuador Unidad de análisis financiero y económico, “Protocolo de recuperación de activos se aplica desde julio de 2018”, *Unidad de análisis financiero y económico*, accedido 21 de diciembre de 2019, párr. 1-2, <https://www.ufe.gob.ec/protocolo-de-recuperacion-de-activos-se-aplica-desde-julio-de-2018/>

cooperación policial, cooperación entre sistemas de justicia, y sistemas penitenciarios.¹⁴⁵ Uno de los avances que aquellos lineamientos ha traído consigo , es la creación de una “red ro-latinoamericana de cooperación policial en materia de lavado de activos para favorecer el intercambio de información y la coordinación entre los cuerpos policiales de América Latina y Europa impulsada por EL PACCTO. Esta red servirá también para realizar campañas preventivas y acciones operativas sobre criptomoneda”.¹⁴⁶

En tal virtud, creemos que si bien el proceso de colaboración intercontinental es propicio para fomentar lineamientos investigativos homologados en los países de Latinoamérica, debemos trazar un camino propio que mejore la técnica en los procesos de investigación interno de cada país, asistidos con el apoyo internacional de otros países latinoamericanos, en tanto nuestro contexto normativo y judicial dista de países europeos, por ello se sigue creyendo firmemente en que una manera de facilitar la labor investigativa, no solo en miras a la lucha contra el lavado de activos, sino también con el objetivo de buscar siempre el respeto de los derechos del procesado y la aplicabilidad de un derecho penal mínimo, es elaborar un *Protocolo Investigativo de Lavado de Activos Latinoamericano*, en el que se recoja no solo técnicas investigativas que los estados puedan aplicar a su realidad, sino también tratamiento probatorio, y mecanismos que busquen restringir de ultima ratio derechos.

¹⁴⁵PACCTO, “Estrategias”, *Programa de asistencia contra el crimen transnacional organizado*, 21 de diciembre de 2019, <http://www.elpaccto.eu/sobre-el-paccto/estrategia/>

¹⁴⁶ PACCTO, “Lucha internacional contra el lavado de activos”, *Programa de asistencia contra el crimen transnacional organizado*, 21 de diciembre de 2019 <http://www.elpaccto.eu/noticias/lucha-internacional-contra-el-lavado-de-activos/>

Capítulo tercero

Estándar probatorio y su vinculación con el debido proceso

Se ha determinado como garantía de control que las instituciones estatales implementen procesos de colaboración para facilitar a las autoridades judiciales la labor investigativa de lavado de activos. Ahora bien, cuando existen todos los elementos que indican que la información recabada por las entidades de control apunta al delito de lavado de activos, los agentes fiscales deben evaluar el iniciar el proceso de investigación sobre la base de indicios contenidos en pruebas indirectas, lo que a su vez conlleva una compleja demostración sobre la existencia del ilícito y los responsables de mismo. En este último capítulo se determinará las complejidades de la prueba indiciaria y si su práctica vulnera o no garantías de los procesados por lavado de activos.

1. Prueba indiciaria

Al analizar las principales limitaciones a los derechos que parten del debido proceso en una investigación de lavado de activos se debe precisar que la mayor parte de legislaciones tienen un esquema preventivo antilavado a nivel institucional y normativo, por lo que utilizan la llamada prueba indiciaria para llegar a la verdad de los hechos. Dentro del COIP consta esta clase de pruebas indirectas dentro del artículo 454 numeral 5 referente al principio probatorio de pertinencia: “Las pruebas deberán referirse, *directa o indirectamente* a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada”.¹⁴⁷ Es así que se puede definir este tipo de prueba como aquella que a través de inferencias, y de la demostración de otros hechos puede obtenerse un resultado, y que requiere de la máxima motivación basada en la experiencia y razonabilidad del juzgador. Eduardo Labandeira al respecto establece:

Un indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar lo suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado, porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. Un orden de cosas hacia otra. Ese mutuo ser uno hacia el otro de los hechos ha de ser de naturaleza real, objetiva.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 454.

¹⁴⁸ Eduardo Labandeira, *Las presunciones en el derecho canónico* (Pamplona: 1967), 714, citado en Jesús Enrique Archila Guio, *La prueba en el delito de lavado de activos* (Bogotá: Ibáñez.), 92.

La prueba indiciaria no solo es necesaria para aproximarnos al origen ilícito del delito, sino también es determinante para facilitar el proceso investigativo. Para Manuel Jaén Vallejo, este tipo de prueba ha adquirido gran importancia en tipos penales complejos, y ha determinado la imposibilidad de concluir en la impunidad de dichos delitos:

En el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho y evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa.¹⁴⁹

No obstante, para que este tipo de pruebas sea eficaz a los objetivos del proceso investigativo debe cumplir con ciertas características que facilitan no solo el debido transcurso del proceso sino la labor del juez en el momento de la valoración probatoria:

- a) Compleja, es decir debe construirse en base a indicios recabados a través de pericias técnicas y un cúmulo de información suficiente que se vincule con un orden fáctico.
- b) Conectiva, no solo con los hechos investigados, sino con otras conductas ilícitas subyacentes.
- c) Normativizada, al ser recomendada por instrumentos internacionales la mayoría de países han aplicado este tipo de prueba como el medio más idóneo para comprobar el fenómeno delictivo.
- d) Estandarizada, debido a que ha sido construida por los principales órganos internacionales de lucha contra el lavado de activos, siendo un tipo de prueba elaborada por expertos y consultores internacionales.¹⁵⁰

Ahora bien, cada una de estas características debe ser estudiada con detenimiento, pues configuran su tecnicidad, y de esta manera pueden ser diferenciadas de simples conjeturas o presunciones, como muchos detractores han querido señalar.

La *complejidad* que rodea este tipo de prueba, implica que el agente investigador, debe partir de hechos previos carentes de claridad, para ello debe apoyarse de un cúmulo de indicios para poder apoyar las inferencias que realice sobre la probabilidad de que las

¹⁴⁹Manuel Jaén Vallejo, *Derechos Fundamentales del Proceso Penal* (Medellín: Ediciones Jurídicas, 2004), 220, citado en Lenin López Medina, “La eficacia de la prueba indiciaria en el proceso penal ecuatoriano” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007), 20, <http://hdl.handle.net/10644/514->

¹⁵⁰ Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado de Activos*, 185-187.

circunstancias fácticas que investigan constituyan un delito de lavado de activos. Dicha complejidad implica un doble esfuerzo, pues a diferencia de otros delitos, en este tipo de ilícitos, el fiscal no solo debe recabar elementos de convicción, sino que debe realizar una labor de análisis técnico de que aquellos indicios no solo meras presunciones, que deben ser concretos y lógicos. Y por ello es que en este punto es importante establecer el carácter plural que deben tener los indicios para poder solventar dicha complejidad. Al respecto Francisco Sánchez Fallas señala: “[...]en el caso de que no exista un único indicio sino varios, ello refuerza la conclusión probatoria, ya que es razonable pensar que si varios indicios convergen hacia un mismo hecho, mayor fuerza probatoria tiene la existencia de ese hecho.”¹⁵¹

En este sentido, es necesario que el órgano fiscal vea la prueba indiciaria, no como un sustitutivo de una prueba directa, al contrario, aunque exista pruebas directas, los indicios son necesarios para complementar la actividad fiscal. Si en una investigación, no se toma en cuenta el cumulo de informes, partes, auditorias, entre otros documentos que presenten las entidades de prevención, en conjunto con los elementos encontrado por la propia fiscalía, el riesgo de vulnerar derechos es mucho más amplio, así como el de no obtener información clara sobre la realidad fáctica.

La *conectividad*, implica que la prueba indirecta sea un nexo causal que enlace los hechos con la persona que está siendo investigada. Para ello no todo indicio tiene la misma fuerza para poder concluir una conducta delictiva, existen indicios que son necesarios y otros contingentes. Como lo establece Roger E. Zavaleta Rodríguez, la prueba indiciaria necesaria implica una ley científica o general, que en virtud del conocimiento actual es aislado excepciones, mientras que la prueba indiciaria contingente puede ayudar a conectar los hechos con la responsabilidad del investigado, no se descartan otros indicios que concluyan la responsabilidad delictiva.¹⁵² El grado de necesidad o contingencia, conlleva a que la conexión sean aun mayor con el delito investigado, es por ello que anteriormente se dijo que además es necesaria un cumulo de indicios, aquello mejora la técnica probatoria, en la medida, que el fiscal tenga varias opciones que determinen el origen ilícito de lavado de activos .

¹⁵¹ Francisco Sánchez Fallas, “Algunas notas sobre acerca de la prueba indiciaria en materia penal”, 15 de diciembre del 2019, núm. 10 , https://www.academia.edu/17434038/Notas_sobre_la_prueba_indiciaria

¹⁵² Roger E. Zavaleta Rodríguez, “Razonamiento probatorio a partir de indicios”, *Revista PUCP*, n°.59, (2018): 205, url: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/136492?show=full>

Cabe recordar, que en la legislación local se maneja un criterio de legalidad para la valoración de la prueba, por lo que el juzgador debe someterse a las reglas establecidas en el artículo 457 del COIP, es decir “[...] legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.”¹⁵³ Esta precisión complica la actividad del juzgador, contrario a lo que ocurre en un sistema de libre valoración, aquí el juzgador no puede interpretar a su arbitrio, es necesario establece ciertos criterios bajo los cuales la prueba debe ser valorada. En este sentido, cuando se habla de lavado de activos, el juzgador debe sobre todo apearse a los criterios de autenticidad y técnica, para ello debe realizar un juicio lógico que se desprenda de un hecho conocido, en este caso sería la ilicitud de los activos para posteriormente llegar a un hecho conocido, es decir que la persona procesada estaba al tanto de aquel origen ilícito y aun así actuó adecuando su conducta a un lavado de activos, caso contrario si el juzgador no logra realizar aquel silogismo, la base de su decisión siempre tendrá que ser el principio *indubio pro reo* y la *presunción de inocencia*. Es por ello que los juzgadores que conozcan este tipo de delitos requieren de un conocimiento especializado en delitos económicos, caso contrario podría llegarse a vulnerar gravemente el debido proceso. En este punto estamos de acuerdo con lo que expone Francisco Sánchez Fallas, citando jurisprudencia del Estado de Costa Rica:

[...] poder construir toda la prueba indiciaria debe partirse de un hecho conocido que opera como premisa menor, pues sólo así podrá aplicarse una regla de la experiencia para extraer o inferir un hecho desconocido. No se puede inferir un hecho desconocido de otro hecho desconocido, ello resulta un sinsentido y solo tiene cabida en la oscuridad de lo antojadizo, de la fantasía o de la sospecha. Como consecuencia del principio *in dubio pro reo* solo puede servir de base para la constitución de la prueba indiciaria y del silogismo sobre el cual se estructura, aquel hecho indicador plenamente establecido, no bastando con que se afirme que probablemente existe o ha acontecido o respecto del cual hay duda, en cuyo caso no podría servir de base para el silogismo probatorio.¹⁵⁴

Es decir, la inferencia lógica, implicaría que el juzgador pueda partir de la conducta subyacente, a través de un indicio respaldado en un grado de científicidad que no deje dudas, de que pese a no tener una sentencia previa o investigación anterior, sobre la conducta presumiblemente ilícita, la prueba indirecta sea tan contundente que la conclusión de su silogismo le permita concluir la participación real con conocimiento y voluntad de la persona

¹⁵³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 457.

¹⁵⁴ Sánchez Fallas, “Algunas notas sobre acerca de la prueba indiciaria en materia penal”, 9.

procesada por lavado de activos. Aquí es fundamental, la experiencia del juzgador, y si bien la libre interpretación de los elementos probatorios en el contexto legal actual, ya no es posible, la especialidad y experticia en tema de lavado de activos podrá enervar las dificultades en la valoración de la prueba indirecta para llegar a determinar este tipo de delitos. Como lo establece Pablo Talavera Elguera: “Se trata de una prueba crítica, desde que interviene el raciocinio. Sin el razonamiento probatorio que contenga como premisa mayor la regla de la experiencia, no es posible arribar a conclusión probatoria alguna.”¹⁵⁵

En virtud de lo anterior podemos explicar que el criterio de *normatividad*, hace posible que la prueba indiciaria de lavado de activos sea reconocida, y aplicada en las legislaciones de la mayoría de países que combaten la criminalidad organizada. Para aquello, los instrumentos internacionales estudiados hasta el momento, por ejemplo, tanto la Convención de Viena de 1988, así como la Convención de Palermo, coinciden en que el conocimiento, la intención o finalidad que conllevan los delitos descritos en su normativa podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso, por lo que reconocen en este sentido la utilización de la prueba indiciaria. En legislaciones como la peruana, se sostiene una postura adecuada a la normativa internacional en la medida en que establece que la prueba por indicios al momento de ser valorada por el juez requiere de : a) que el indicio este probado, b) que la inferencia este basada en reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, c) que cuando se trate de indicios contingentes estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presente contraindicios consistentes.¹⁵⁶ Situación similar ocurría con el derogado Código de Procedimiento Penal ecuatoriano cuyo artículo 88 establecía en términos generales las características que debía tener la prueba indiciaria, una de las más importantes que los indicios debían ser fundados en hechos reales y probados. Pero esto fue dejado de lado en el COIP, lo que se considera un error, en tanto entre más y mejor regulada este la prueba indiciaria en la ley, mayor será el nivel de tecnicidad y facilidad, no solo para el fiscal, sino principalmente para el juzgador a la hora de valorar los elementos aportados en juicio.

¹⁵⁵Pablo Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo derecho procesal penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común* (Lima: Academia de la Magistratura AMAG, 2009), 138, http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/La_Prueba.pdf.

¹⁵⁶ Perú, *Código Procesal Penal*, Decreto Legislativo N°957 29 de julio de 2004, art. 158 numeral 3, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20160208_02.pdf

Finalmente, la *estandarización* de la prueba indiciaria implica el reconocimiento de las recomendaciones emitidas por los organismos internacionales de lucha contra el lavado de activos, como el GAFI. Sin embargo, cada estado regula conforme su contexto legal actual como se ha de manejar ese estándar. Como se mencionó en Ecuador, la prueba indiciaria es regulada de manera general, y su aplicación es similar al de la prueba directa, diferente al lineamiento acogidos en la legislación derogada, lo que ha dificultado de cierta manera una plena científicidad y técnica en la recolección de elementos de convicción por parte de fiscalía, así como de valoración por parte del juzgador. Se cree necesario añadir a la legislación nacional un articulado en la que se explique las características de valoración alrededor de este tipo de pruebas en casos especiales, como en la investigación y sanción de lavado de activos. Por ejemplo, Pérez Burga señala que lo idóneo en estos casos, es que el juzgador tenga constancia de lo siguiente:

Existencia de un hecho base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados-de modo que se refuercen entre sí-; b. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia, debe existir un enlace preciso, según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material]; c. El razonamiento del tribunal ha de ser explícito y claro, en tanto que debe (i) detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción e inferencia, así como (ii) sustentar un discurso lógico, inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aun cuando sucinto o escueto, es imprescindible para posibilitar el control impugnatorio de la racional inferencia [perspectiva formal].¹⁵⁷

Analizado lo anterior, se puede determinar, que existen particularidades que rodean la recolección y valoración de la prueba indiciaria, que distan del manejo y técnica probatoria convencional, que son especiales y propias de la investigación del delito de lavado de activos, pero en la legislación ecuatoriana todavía están en desarrollo, esto por la reciente tipificación de lavado de activos. Si bien muchos detractores de este tipo de pruebas ven que la solución sería aceptar la prejudicialidad y procedibilidad como criterios claros para poder deducir la responsabilidad de la persona investigada, se considera que, al ser la prueba indiciaria, una prueba técnica y científica aceptada por la comunidad internacional y recomendada en los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción y delincuencia organizada, así

¹⁵⁷ UNODC, “Extractos de doctrina y jurisprudencia en materia de blanqueo de capitales para la República de Panamá”, *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, 15 de diciembre de 2019, núm. 28, https://www.unodc.org/documents/ropan/Jurisprudencia_Blanqueo_Final_26_oct.pdf

como por organismos internacionales como el GAFI, su incorporación en la legislación como medio para corroborar la existencia de lavado de activos no vulnera el principio de presunción de inocencia. En tal virtud, la prueba indiciaria no se ha elaborado a través de conjeturas o presunciones sobre una posible actividad delictiva previa, sino al igual que la prueba directa, requiere de un trabajo igual o inclusive más arduo por parte de aparataje fiscal, y del juzgador en el momento de valorarla.

1.1. Origen ilícito y conocimiento del delito

En la investigación por lavado de activos la prueba indiciaria resulta adecuada para suplir la necesidad de una condena previa del delito fuente o un criterio de procedibilidad que respalde el inicio de un proceso penal, con ello se busca probar dos elementos del tipo: a) el origen delictivo del objeto material del delito, y b) el conocimiento de la ilicitud de bienes y capitales presumiblemente venidos de lavado de activos.

El *origen ilícito* de los bienes constituye un elemento normativo del tipo penal, que a través de la prueba indiciaria es determinado por fiscalía, pues a su vez sustituye la necesidad de recurrir a una sentencia condenatoria del delito previo para establecer la existencia del lavado de activos. Empero, existe el criterio de que utilizar meros indicios puede constituir vejaciones contra el sistema garantista, tanto al momento de investigar el delito, como en el momento de valoración probatoria por parte del juez, si este no realiza una inferencia lógica de lo aportado por las partes, esto llevaría a una impunidad del delito, y por otra parte a vulnerar la presunción de inocencia de los procesados.

Entonces para que el juzgador pueda construir un convencimiento total de que el origen ilícito corroborado mediante indicios existe, es necesario que la prueba indiciaria sea analizada en conjunto con otro tipo de pruebas aportadas, que en palabras de Carolina Rodríguez Bejarano : “[...]permitan mantener un equilibrio real entre los derechos de las víctimas, el debido proceso y las garantías judiciales, ya sea del Estado (violación a una obligación de índole convencional) o de la persona a quien se le imputa la conducta punible en la órbita del Derecho Penal Internacional”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Carolina Rodríguez Bejarano, “El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Memorando *de derecho* 2 (Universidad Libre de Colombia), n.º2 (2011): 24, url: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3851099>

Ahora bien, volviendo al proceso investigativo, la prueba indiciaria requiere un mayor análisis y comprensión por parte de los agentes investigadores, en este punto el criterio de Páucar Chappa es contundente:

La incoación de un proceso penal y la imputación de cargos merece de la prueba indiciaria un doble esfuerzo probatorio, por un lado servir de soporte de la presunta responsabilidad o inocencia del investigado , específicamente del *thema probandum* , y por otro que los indicios, y por otro que los principios que la conforman se entrelacen entre ellos, de modo que ninguno excluya a otro, por tanto no se trata de una suma aritmética de indicios , por el contrario se refiere a elevar el estándar, nivel o calidad de la prueba , la cual pueda generar convicción más allá de toda duda razonable.¹⁵⁹

Se debe tener claro que los indicios no son meras presunciones, sino que implican un conjunto de datos e información suficiente, de rango técnico, amparado en estándares internacionales como los recomendados por la GAFI, como por ejemplo pericias contables, auditorías internas, ROIIs. Aquello respaldado por instituciones de control financiero y unidades de inteligencia antilavado de activos, vinculado al conocimiento especializado que el agente investigador debe tener para que, en la medida de lo posible, en la recaudación de información no se ponga en detrimento derechos de las personas o entidades.

Respecto al *conocimiento del origen ilícito*, conforma el tipo subjetivo dentro de los elementos del delito de lavado. En el Capítulo Primero de esta investigación, se estableció que el sujeto activo de lavado de activos, no siempre tiene un conocimiento certero de dicho origen ilícito, es decir, no siempre posee un dolo directo, en algunos casos, lo hace en un grado de *dolo eventual o indirecto*, en tanto el sujeto pasivo no siempre va a tener la certeza de que la conducta subyacente es delictiva, pero sospecha de la misma o tiene cierta seguridad de que los bienes producto del delito tienen un origen maculado. De igual manera, existe la idea de que añadiendo un dolo eventual se está contrariando una conexión directa entre la prueba y los hechos, y posiblemente se atentaría contra el principio de pertinencia probatoria, no obstante como se ha recalcado el sujeto activo del delito, así como el bien jurídico no siempre coinciden con el delito previo, es por ello que la intención de la persona investigada por lavado de activos no puede analizarse desde la perspectiva de dolo directo, en todos los casos, sino desde la lógica del dolo eventual.

¹⁵⁹ Páucar Chappa, *La investigación del delito de lavado de Activos*, 188.

Al respecto el Tribunal Supremo español en una sentencia del 5 de febrero del 2003 señala que:

Esta sala abandonó, hace tiempo, una concepción que exigiera un dolo directo sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, afirmando la suficiencia del dolo eventual para su conformación. Consecuentemente, puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social.¹⁶⁰

No obstante, en legislaciones como la ecuatoriana, prima facie no es aplicable la perspectiva de dolo eventual, sino y como ya se había comentado en apartados anteriores, normativamente solo se reconoce el designio directo de causar daño, y tener el conocimiento y voluntad directa para ejecutar el delito. En definitiva, no se exige un conocimiento pleno del autor sobre un delito previamente determinado, basta la sospecha que dichos bienes provienen de una infracción, y es por ello que su intención es la de cumplir con los verbos rectores del tipo penal es decir transferir, ocultar, convertir aquellos activos para darles una apariencia lícita. Como manifiesta Alejandro Mosco Segarra “No es suficiente que tenga el conocimiento y la intención de transferir o convertir los fondos. Tiene, además, que conocer que con esa acción logrará darles apariencia lícita. Si ello es así, entonces resultará evidente que conoce que el origen es ilícito”.¹⁶¹ Pero debemos reiterar, que la ilicitud, aunque no sea clara, se debe sospechar, caso contrario, si se sanciona a una persona que en cierto modo ha tenido algún tipo de actividad referente a los bienes de origen ilícito, sin saber ni sospechar dicho origen, es decir sin tener conocimiento sobre el mismo, atentaría gravemente su presunción de inocencia.

¹⁶⁰ Isidoro Blanco Cordero, “Recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero: Aspectos Sustantivos”, en Isidoro Blanco Cordero et.al. *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial* (Washington D.C.: Organización de Estado Americanos), accedido 15 de diciembre 2018, 135, http://www.oas.org/es/lavado_activos/esp/documentos/oea%20oas%20libro%204%20edicion.pdf.

¹⁶¹ Alejandro Moscoso Segarra, “El lavado de activos en la legislación dominicana”, en *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, cont. Norma Bautista et al. (Santo Domingo: USAID, 2005),82, https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_reptom_libro.pdf.

1.2. Carga probatoria

En *sentencia 014-15-CN-19*¹⁶² la Corte Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad de uno de los elementos descriptivos del artículo 202 del COIP que contiene el delito de receptación y cuya parte pertinente precisaba la necesidad de contar con un documento o título de respaldo que justifique la titularidad o tenencia sobre los bienes presuntamente hurtados o robados.¹⁶³ Dicho requerimiento se consideraba como una vulneración al principio de presunción de inocencia, en tanto la carga probatoria caería en la persona procesada y no en el ente fiscal. Ante dicha decisión se abrió nuevamente la discusión respecto a la naturaleza de carga probatoria en los procesos por lavado de activos que aparentemente supondría una problemática similar.

Ahora bien, aquel debate se ha trazado a nivel global, partiendo de que instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, 1988, en cuyo artículo correspondiente dispone: “Cada una de las partes considerarán la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de sus propios procedimientos”.¹⁶⁴

Pese a que este artículo ha sido entendido como una pauta para aplicar la inversión de la carga de la prueba siendo el investigado quien deba demostrar el origen lícito de los bienes que posee, en tal virtud la convención señala aquello en caso de decomiso y únicamente acorde a los principios establecidos por el estado parte, por lo que es el fiscal el principal encargado de recabar los elementos e indicios que permitan aplicar ciertas medidas cautelares.

La inversión de la carga probatoria y la prueba indiciaria no pueden ser confundidas, en la inversión de la carga probatoria prácticamente se coacciona al imputado a demostrar su inocencia, lo que es inconstitucional porque la inocencia es un estado que se presume y no

¹⁶² Una jueza de la Unidad Judicial Multicompetente de Santa Elena presentó una consulta de constitucionalidad respecto al inciso primero del artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal. La Corte dictaminó sentencia estableciendo que ese inciso vulnera el principio de inocencia al obligar al sujeto activo a justificar con facturas la tenencia del bien objeto material del ilícito.

¹⁶³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 202.

¹⁶⁴ ONU Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, 20 de diciembre de 1988, art 5.7.

se prueba, en tanto el probar la existencia del delito y la responsabilidad de indiciado mediante la prueba indiciaria exige que el fiscal sea quien deba demostrar la verdad de los hechos, respetando el debido proceso de las personas vinculadas al caso.¹⁶⁵ En la legislación ecuatoriana se expresa que (pese a que este delito sea considerado autónomo), no se exime la facultad de investigación por parte del fiscal (no demostración del origen ilícito sino investigación), por lo que la inversión de la carga de la prueba en la ley no se contempla como una posibilidad.

No obstante, en la práctica se aplica lo señalado en la Convención de Viena, en tanto parece que no existen límites correctamente establecidos, sobre todo en el ámbito del decomiso, pues si bien es una medida temporal adecuada para evitar la desaparición o destrucción de elementos materiales importantes, se opta por pedir al investigado que justifique la procedencia de los bienes objeto material del presunto delito, en este caso se está contrariando el debido proceso.

Entonces, debe existir una aclaración mucho más precisa al respecto dentro de la legislación, en la que se especifique que es labor fiscal enervar la licitud de aquellos activos, es decir debe demostrar a partir de toda la información dada por entidades financieras y tributarias, más el respaldo de informe de operaciones sospechosas ROII, que los activos de una persona pueden provenir de una actividad delictiva, puesto que el investigado no tiene la obligación de justificar el origen de su patrimonio, caso contrario se vulneraría gravemente la presunción de inocencia, y la medida cautelar ya no sería una limitante temporal sino un medio violatorio del debido proceso. Como establecen Pinto y Chevalier:

La prueba indiciaria permite comprobar el origen ilegal de bienes producto de delitos graves y no es necesario una condena o resolución judicial de un delito previo por cuanto el lavado de activos es un crimen autónomo en el cual su objeto puede ser probado por cualquier medio sin que exista reparo constitucional alguno. Si bien no puede permitirse legalmente que se invierta la carga de la prueba en materia de lavado de activos en cuanto a la prueba de la procedencia de los activos incautados, debe tenerse en consideración que la comprobación de la procedencia criminal puede basarse en indicios serios, graves, precisos y concordantes que eventualmente permiten sostener una condena.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Vladimir Simón García Espinoza, “Prueba indiciaria en el delito de lavado de activos en el distrito judicial de Lima Norte 2016” (tesis de maestría, Escuela de posgrado Universidad Cesar Vallejo, 2018), 58, <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/21175>.

¹⁶⁶ Pinto y Chevalier, “El delito de lavado de activos como delito autónomo”, 61-62.

1.3. Obstáculos vinculados al manejo de la prueba indiciaria

La argumentación principal contra la prueba indiciaria es la inseguridad que puede acarrear la práctica y valoración probatoria, esto se puede desglosar en dos puntos:

- a) En primer lugar, al finalizar la fase de investigación previa (si el delito no fue flagrante), se procede a formular cargos. La ausencia de elementos de convicción directos dificulta la fundamentación de los argumentos del agente fiscal para sostener una acusación. A esto se le añade la difícil tarea de recabar información en el extranjero, pues al ser este delito de carácter transnacional, si bien existen acuerdos de cooperación, la realidad refleja que la dotación de datos y documentos sobre la información financiera del investigado suele demorar meses, sobre todo en países en donde existe paraísos fiscales. Es por ello fundamental que los indicios recolectados sean claros y estén vinculados con las actividades previas de las que se presumen pueden ser ilegales, por ello se reitera que los agentes investigadores deben recibir una capacitación completa y especializada en temas tributarios y financieros vinculados con el fenómeno delictivo en cuestión.
- b) En el momento en que el juzgador valora estos elementos de carácter indiciario en la audiencia de juzgamiento, no puede aplicar la sana crítica pues aquel tipo de análisis probatorio fue modificado en el COIP, en la actualidad debe valorarse bajo los criterios de “legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales”.¹⁶⁷ Entonces, por encima del conocimiento en materia de lavado de activos que debe tener el juzgador, la convicción generada no puede estar basada en presunciones o supuestos, con ello, si los indicios no son contundentes para su convencimiento, debe aplicar el principio *in dubio pro reo*, trabajo mucho más complejo de interpretación y evaluación por parte del juez, al no poder aplicar la sana crítica, inclusive y como esgrime Daniel Pisfil, no es suficiente llegar a resolver según las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que la tarea de valoración debe reflejarse claramente en la sentencia por lo que si el juez utiliza el estándar probatorio indirecto para sustentar una sentencia condenatoria, y esta concluye privación de la libertad personal, está

¹⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 457.

obligado a darle el tratamiento correspondiente; solo así se podrá extenuar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal.¹⁶⁸

Ante los posibles obstáculos a los que pueda enfrentarse el aparataje judicial frente a dicho tipo de prueba, es necesario añadir en la legislación un articulado que especifique el manejo técnico de la prueba indiciaria, que como se mencionó, deben ser recabadas bajo criterios técnicos de conocimiento y vinculación con la información aportada por entidades de control y prevención de lavado de activos tanto locales como internacionales. Así la labor del juzgador se facilita, en todo caso a falta de un convencimiento pleno de los elementos aportados indudablemente no puede sacrificar el estado de inocencia que no ha sido enervado, so pena de la eficacia para castigar este delito, en consecuencia, tendrá que absolver a la persona o entidad procesada.

2. Restricción de derechos vinculados con el debido proceso

Anteriormente se analizó que la tipificación de lavado de activos es el reflejo de una sociedad de riesgo que utiliza un derecho penal inflacionista, en el que se prefiere aplicar penas máximas, en lugar de procesos técnicos de investigación acordes con la realidad que vive cada país. La problemática se agudiza en el momento de probar el cometimiento del fenómeno delictivo al no existir elementos de convicción claros, el agente fiscal en la mayor parte de casos debe basarse en pruebas de tipo indiciario, y posteriormente el juzgador tiene la complicada función de valorar la suficiencia probatoria de dichos elementos presentados ya en la etapa de juzgamiento.

La solución empleada por la mayoría de estados es restringir temporalmente ciertos derechos de las personas que están siendo investigadas. No obstante, debe buscarse un equilibrio entre la restricción de un derecho y el ejercicio probatorio, ya que no puede caerse en una vulneración de derechos, pues allí la finalidad del combate contra la criminalidad organizada no tendría éxito, y resultaría contradictoria a la naturaleza garantista de estados como el nuestro.

Pero ¿cómo un estado puede restringir derechos dentro de la investigación de lavado de activos sin cometer actos de vulneración de los mismos? A diferencia de la tipificación que se le haya dado al delito, que en definitiva ha sido construida en base a un criterio

¹⁶⁸ Pisfil, “La Prueba Indiciaria y su relevancia en el Proceso Penal”, 124.

político-legislativo, durante el proceso, las autoridades de investigación y juzgamiento deben tomar medidas preventivas técnicas y garantistas. Arias Holguín establece al respecto que: “[...] el Derecho penal es un instrumento de control que no puede ni debe ser subestimado en la lucha contra el blanqueo de capitales, pero su eficacia tiene siempre un carácter limitado que se tiene que juzgar, en el sentido de su optimización, a través de un justo y adecuado equilibrio con todas las otras formas de intervención estatal”.¹⁶⁹

Entonces la restricción de garantías que conlleva este delito no puede ser amplia, sino que debe observar limitantes, el primero y fundamental es el debido proceso está contenido en el artículo 75 de la Constitución, como un derecho fundamental en el que se determinan ciertos principios y garantías a los cuales las autoridades administrativas y judiciales deben atenerse. Este derecho es la máxima limitante al abuso de los poderes públicos, sobre todo dentro del modelo de estado garantista adoptado por el legislador ecuatoriano. Astrid Liliana Sánchez señala que:

El modelo del debido proceso asume que las posibilidades de abuso son inherentes al poder estatal, por ende, propone que el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado este sujeto a controles y límites para evitar la opresión de los individuos. Así este modelo aceptaría disminuciones en la eficiencia del sistema en aras de la protección de los derechos fundamentales del indiciado, imputado, acusado o procesado. Sin embargo, el modelo del debido proceso no niega el interés social en la represión de los delitos. El objetivo de este modelo es establecer restricciones sustantivas y procedimentales para proteger al inocente y, a la vez, permitir la condena del culpable de acuerdo a los derechos fundamentales.¹⁷⁰

Entonces sin importar las características del tipo penal, las autoridades judiciales siempre deben preferir la aplicación de un proceso regentado por el respeto de principios y garantías, sin perjudicar por ello la investigación. Con esto se entiende que en el marco de una investigación por lavado de activos la constatación de la información otorgada por las autoridades de prevención es necesaria para que la verdad salga a la luz, pero sin sacrificar derechos a pretexto de la eficacia en la obtención de un resultado que puede desvirtuar totalmente la realidad de los hechos.

¹⁶⁹ Diana Patricia Arias Holguín, “Lavado de activos y modernización del derecho penal en el caso colombiano”, *Nuevo Foro Penal* 12, n.º70 (2006):187, url: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/433>.

¹⁷⁰ Astrid Liliana Sánchez, *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso: Una historia del proceso penal colombiano* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2017), párr. 76-78.

En una publicación emitida por el diario digital El Universo, se señalaba que, en el conocido caso de *Pases Judiciales*, el Fiscal Provincial pidió la nulidad del proceso debido a encontrar “elementos que le hacen presumir vulneraciones al debido proceso como que no se notificó a uno de los procesados, pese a que esa persona habría señalado correctamente casillero judicial.”¹⁷¹ El juez encargado determinó la nulidad, pues efectivamente se comprobó irregularidades en la investigación. Este ejemplo indica las diferencias entre limitar y vulnerar derechos, en tanto no es admisible omitir requisitos de fondo dentro de la investigación, como la notificación a los sospechosos de un delito, para cumplir con un fin, que sería la condena por el supuesto delito investigado. He ahí la importancia de la aplicación de una técnica investigativa no solo eficaz sino también respetuosa de derechos y principios.

2.1. Presunción de inocencia

El cumplimiento de este principio es de suma importancia y debe ser constatado en todo momento del proceso judicial. Está consagrado en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, y es una limitante al poder punitivo que ejerce el Estado. Es definido como:

El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del imputado o acusado en los hechos constitutivos de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigentes.¹⁷²

La vigilancia por parte de las autoridades a dicho principio dicho principio siempre ha estado sujeto a duda cuando se trata de lavado de activos, por una parte, se considera que tan solo la redacción del tipo penal al aplicarlo durante el proceso puede vulnerar la presunción de inocencia, dada su naturaleza autónoma y carencia de procedibilidad o

¹⁷¹ El Universo, “Juez falla a favor de procesados en caso 'Pases Policiales', *El Universo*, 3 de junio de 2019, párr.5, accedido el 25 de junio de 2019, <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/06/03/nota/7359933/juez-falla-favor-procesados-caso-pases-policiales>.

¹⁷²Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Ius et Praxis* 11, n.º1(2005):223, url: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529>.

prejudicialidad por lo que se complica la comprobación delictiva. En un artículo académico escrito por Sebastián Betancourt Restrepo se establece que se vulnera la presunción de inocencia, en tanto: [...] la ilegalidad del dinero blanqueado parte de una simple inferencia que hace el juzgador y que no atiende al desarrollo probatorio dado al interior de la actuación, pues la alteración en el *onusprobandi* se produce ante la imposibilidad de la Fiscalía de demostrar con certeza la proveniencia ilegítima del dinero.¹⁷³

Con esto se creería que, si una persona es condenada por lavado de activos, y posteriormente se inicia un proceso del delito precedente en el que se determina una resolución absolutoria se atenta gravemente contra la inocencia de sentenciado por lavado de activos, al ser una conducta que parte de otro delito más grave. No obstante, aquello resulta poco probable ya que la autonomía de lavado de activos parte del carácter pluriofensivo de este delito, razón por la cual, el objeto jurídico o bien jurídico protegido no coincide usualmente con el de la conducta ilícita previa, tampoco los sujetos activos, sean personas naturales o jurídicas. Además, dicho riesgo no es particular a este delito, puede asumirse en toda clase de delitos.

No resulta plausible argumentar que la presunción de inocencia pueda ser inobservada por otorgarle por el carácter autónomo al lavado de activos, así como tampoco pensar que la prejudicialidad es el mecanismo adecuado para evitar posibles vulneraciones de este principio, al contrario, existiría un entramado mucho más complejo en el que se pueda vulnerar inclusive el principio *non bis in ídem*. En este sentido, resulta mucho más eficiente y adecuado con el sistema garantista y proceso investigativo, considerar que el lavado de activos al ser autónomo sustantiva y procesalmente, adquiere el carácter de un delito continuado, y no puede ser analizado desde un concurso real o ideal, como señala Silvana Andrea Alonso:

c)La asimilación del tipo penal de lavado de activos como delito continuado permite asegurar el respeto a la garantía de *non bis in ídem*, dado que en los supuestos de concurso ideal o real de delitos, la declaración por un hecho puede generar incriminación, directa o indirecta, en torno a las otras calificaciones que se endilguen, ya sea en el mismo o en otro proceso diferente [...] f) De acuerdo a lo precedentemente desarrollado, esta interpretación garantiza

¹⁷³ Sebastián Betancourt Restrepo, “La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal”, *Revista Ratio Juris* 5, n.º 11 (2010):34, url: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6263276>.

el respeto a la garantía en contra de la autoincriminación y una escala penal favorable al imputado, a diferencia de lo que ocurría con un concurso real o ideal.¹⁷⁴

Ahora bien, el problema que gira en torno a una posible vulneración de la presunción de inocencia está vinculado a la falta de una técnica adecuada compatible con el estándar de prueba indirecta que se maneja en el Ecuador, es por ello importante el cumplimiento de los acuerdos de cooperación nacional e internacional, si se reconoce que el lavado de activos es un delito autónomo cuya comprobación es principalmente indiciaria. Se ha planteado que una posible solución sería implementar un catálogo cerrado de delitos considerados graves y de los que se puede generar un presunto lavado de activos, pero este no sería el medio más factible teniendo en cuenta que el elaborar un catálogo de delitos estrecharía el marco de conductas subyacentes de los que puede partir el lavado de dinero.

Se había mencionado en el capítulo anterior que legislaciones como la chilena y la colombiana incluyen un amplio listado de delitos fuente para facilitar la actividad probatoria y equilibrar el respeto al debido proceso y presunción de inocencia, pero merece especial atención el establecer que el catálogo de delitos no sería taxativo, es decir, es una lista ejemplificativa de aquellos delitos considerados graves. En aquellos casos se aplica la Convención de Palermo cuyo artículo 6 numeral 2 establece que el estado parte va a configurar el lavado de activos a la “gamas más amplias de delitos determinantes”.¹⁷⁵ Pese a aquello se cree no conveniente aplicar un catálogo de delitos ni taxativo, ni de gama amplia, en tanto contradice la naturaleza autónoma del lavado de activos, además la experiencia de países como Brasil ha demostrado que la aplicación de una lista cerrada de ilícitos penales subyacentes, no ha sido la solución para dar eficacia a la investigación delictiva y a la par respetar el principio de presunción de inocencia.

Respecto a la realidad de dicho país, Palitot y Apolinario explican que el reconocer una lista taxativa conlleva el riesgo de que el proceso penal se llene de obstáculos y no por ello se garantiza el respeto al debido proceso: “imposibilitaba al Estado-Juez adelantar procesos por lavado cuando el objeto del blanqueo fuesen valores obtenidos o derivados de delitos no contemplados en aquella lista, por ejemplo, del tráfico de personas y/o de

¹⁷⁴ Silvana Andrea Alonso, “Lavado de activos: ¿concurso real, ideal o delito continuado?”, en *Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código penal)-I*, dir. Edgardo Alberto Donna (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2015), 173-76.

¹⁷⁵ ONU, Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 15 de noviembre del 2000, art.6.2.

órganos”.¹⁷⁶ Añade además que esto fue modificado a través de la Ley 12683 del 2012 logrando que la autonomía se extienda hacia cualquier conducta presumiblemente delictiva y con ello se impide que en la persecución criminal existan inconvenientes venidos de lagunas jurídicas , pues no importa la procedencia delictiva principal, sino que para la configuración de lavado basta con determinar que la procedencia de los bienes no están lícitamente justificados.¹⁷⁷

Una solución que puede facilitar la investigación delictiva sin descartar la naturaleza autónoma del delito, es emplear una lista ejemplificativa en tanto los operadores de justicia pueda establecer en qué medida se determinaría la gravedad de una conducta previa que a pesar de no ser juzgada ni investigada con anterioridad pueda dar pie a un posible lavado de activos.

Más adelante se evidenciará que si existe una vulneración de principio de presunción de inocencia, aquella no parte de la tipificación del tipo, ni tampoco de la autonomía del mismo, sino de la carencia adecuada de una técnica investigativa e imparcialidad en el sistema judicial, la solución no es la modificación del texto de la norma, ni centrarnos en la inflación penal como medio represivo, sino enmarcar las decisiones judiciales dentro de un contexto coherente con el sistema garantista sin dejar en impunidad dichos casos , pero tampoco se trastoque los principales derechos de la persona investigada.

Existe en la práctica una deformación del sentido limitativo de ciertos derechos. sobre todo los patrimoniales, si bien es necesario recabar información financiera personal de indiciado, no puede abusarse de aquella facultad, debe aplicarse las limitaciones como medida de última *ratio* en el cual fiscalía demuestre que sin la retención temporal de los bienes, podría perderse indicios claves en el investigación, siendo éste el que debe fundamentar la procedencia del origen ilícito a través de las pericias y datos recabados de oficio, o partir de información entregada por las entidades de control y prevención, pues no puede aplicarse una inversión de la carga probatoria, ni tampoco la teoría de la carga dinámica de la prueba, aquello sería inconstitucional.

¹⁷⁶ Palitot Braga y Apolinario Soto, “Perspectiva dogmática del delito de lavado de dinero en el sistema penal brasileiro”, 51.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 51-2.

2.2. Restricción de derechos patrimoniales

La recomendación N°4 del GAFI señala que los estados cooperantes deben aplicar limitaciones de carácter patrimonial para llevar a cabo una investigación eficaz respecto al fenómeno delictivo:

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente. [...] Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.¹⁷⁸

Dichas medidas pueden ser tomadas de manera preventiva dentro de la investigación contra el imputado sin necesidad que exista una condena por el delito. A primera vista se puede entender que la recomendación busca la limitación temporal de bienes y activos con el fin de demostrar la existencia del delito, pero al establecer que las medidas solo deben ser aplicadas en caso de necesidad y siempre que sean compatibles con los principios de cada legislación del país cooperante, no implica una violación del derecho de propiedad.

La limitación de un derecho solo es entendible una vez dictada la sentencia condenatoria que determine la existencia del delito de lavado de activos y la responsabilidad del indiciado, sin embargo, de lo establecido en la recomendación N°4 del GAFI, y de lo acogido por el legislador ecuatoriano dentro de la ley penal, en el proceso de investigación se toman estas restricciones como último medio para probar el origen ilícito de los bienes presuntamente venidos del blanqueo, es por ello que dichas medidas son de carácter temporal.

Una de las principales restricciones de carácter económico aplicadas dentro del proceso es la flexibilización del secreto o sigilo bancario que implica la reserva de toda información financiera mantenida entre las entidades bancarias y sus clientes, pero dicho secreto o reserva financiera acaba en la medida en que su acceso sea indispensable para el inicio de una investigación delictiva.

¹⁷⁸ GAFI, “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos”, núm.4.

La Constitución de la República reconoce el derecho a la inviolabilidad y secreto de la información física y virtual, cuya retención o examen únicamente procede por requerimiento judicial.¹⁷⁹ El fundamento de aquella excepción se vincula principalmente con los activos que los investigados puedan tener en paraísos fiscales, en tanto al debilitar la reserva de información financiera de una persona se accede a movimientos y transacciones acaecidas en dichas localidades, que a saber son permitidas en varios países, razón por la cual son herramientas que facilitan el cometimiento de delito en cuestión. Cabe destacar que dicha medida evita la negación de otros países a dar información relevante, y justifica los procesos de colaboración internación para luchar contra la delincuencia organizada.

Ahora bien, el COIP contempla dichas medidas en el artículo 549 “La o el juzgador podrá ordenar las siguientes medidas cautelares sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada: 1. El secuestro 2. Incautación 3. La retención 4. La prohibición de enajenar”.¹⁸⁰ No obstante también se establecen ciertos lineamientos a manera de ordenes especiales manera temporal para asegurar que la persona procesada cumpla con ciertas obligaciones, y que al momento de emitirse una sentencia condenatoria la restricción de derechos patrimoniales será permanente como la retención de dineros e incautación de bienes, en casos relativos a delitos de terrorismo y su financiación, y lavado de activos desde el artículo 552 al 557.¹⁸¹

El artículo 554 en su redacción hace referencia a “Todas las medidas cautelares de carácter real comprenden bienes por valores suficientes para garantizar las obligaciones de la persona procesada [...]”.¹⁸² Al mencionarse la palabra *procesado*, se entiende estas limitaciones proceden únicamente cuando se ha formulado cargos e inicia la instrucción fiscal, no en fase de investigación previa, lo que es considerado un problema en la actualidad para el normal desarrollo de la investigación. Según Luis Augusto Rosero, la norma no es clara, pues la interpretación judicial ha llevado a que no se acepte el decomiso o incautación temporal de una persona sino se ha formulado cargos, se debería regular de otra manera dicho artículo, en la medida en que no se violente el derecho de propiedad, pues no se hablaría de retener, o quitar temporalmente el dominio sino de la inmovilización temporal de cuantas

¹⁷⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art.66.21

¹⁸⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 549.

¹⁸¹ *Ibíd.*, art. 552-57.

¹⁸² *Ibíd.*, art. 554.

bancarias y prohibición de enajenar de bienes muebles e inmuebles, una vez argumentada la falta de justificación lícita de los bienes presuntamente venidos de lavado de activos.¹⁸³

Se puede llegar a establecer que la restricción de ciertos derechos patrimoniales dentro de la investigación previa se torna importante, al no tener una condena del delito previo ni tampoco una prueba directa que determine la existencia o no de lavado de activos. Pero la aplicación de las mismas merece una investigación patrimonial técnica y de última ratio, cuando fundamentadamente se considere que el conjunto de elementos de convicción que pueden esclarecer la verdad fáctica, como son los informes emitidos por las autoridades de control, no son claros o determinantes. Es por ello que el legislador limitó la incautación y retención de cuentas únicamente cuando se ha formulado cargos, sin embargo, la concesión de medidas cautelares inclusive cuando se hayan formulado cargos merece ser precisada de una manera más clara dentro de la normativa tal como plantea Méndez Rosero, pues se corre el riesgo de que no se valore el conjunto de elementos obtenidos dentro de la investigación.

Actualmente se ha pensado en la posibilidad de implementar un programa de recuperación de activos en el Ecuador, ideado en julio del 2018. Aquello sería idóneo para los casos en que no exista necesidad de acudir a las medidas cautelares anteriormente mencionadas, y no enervar el debido proceso. No obstante, se evidencia todavía dificultades derivadas de una falta de comunicación institucional adecuada, el Procurador General del Estado, Iñigo Salvador, al respecto ha mencionado que:

Creo que hay que reconocer una cierta desarticulación de los esfuerzos estatales. A pesar de los diferentes convenios, yo creo que un punto crucial en la lucha contra la corrupción es la creación de una secretaria específica de la Presidencia de la República dedicada a ello. Desde ese momento cada vez que recibía una nueva propuesta, la redireccionaba hacia la Secretaría Anticorrupción. Hasta que el Estado encontró la forma adecuada de coordinar esfuerzos, se demoró algo. [...] Se demora bastante la recuperación de los activos. Por ejemplo, en el 2014 recién se logró obtener un fallo en un tribunal en Gran Bretaña, por el cual se concede al Ecuador la recuperación de cerca de USD 180 millones relativos a la crisis bancaria del Banco Continental. De ese dinero, recuperamos USD 5 millones en el 2018. 22 años para recuperar apenas USD 5 millones de 180. Yo creo que hay que desencantar a la opinión pública en ese sentido. La recuperación de los activos va a llevar su tiempo. Desde ese punto de vista las conversaciones que hemos iniciado con Odebrecht son una buena noticia porque dentro de pocos meses recuperaremos el dinero de la corrupción.¹⁸⁴

¹⁸³ Luis Rosero Méndez, entrevistado por la autora, 10 de mayo de 2019.

¹⁸⁴ El Comercio, “Escaso avance para recuperar dinero ilegal”, *El Comercio*, 15 de julio del 2019, párr.6-7, <https://www.elcomercio.com/actualidad/avance-recuperacion-dinero-ilegal-ecuador.html>.

Ignacio Mahiques establece que la restricción del derecho a la propiedad de las personas investigadas tiene como fin: “detectar los bienes relacionados con los hechos delictuosos para evitar la fuga, el desprendimiento o el blanqueo de las ganancias obtenidas ilícitamente, en miras a un futuro decomiso”.¹⁸⁵ Cabe añadir a este criterio que al no solicitar estas medidas se corre el riesgo de que el origen de los activos presuntamente ilícitos sea ocultado por los líderes de los grupos criminales, de tal manera que, de no efectuar el decomiso o incautación temporal de los bienes o activos, no se podría seguir con un proceso de investigación adecuado. En Argentina por ejemplo, existe un Manual de Investigación Patrimonial en que se brindan múltiples técnicas de organización de la información que pueden ser de utilidad en una investigación patrimonial, se desarrollan fuentes de información en el ámbito nacional y se incorporan conocimiento vinculados con el ámbito internacional.

Es necesario que el juzgador evalúe la necesidad de dichas medidas, es decir si están correctamente fundamentas con el fin de evitar que los bienes objeto del delito que servirán para establecer la existencia o no de un origen ilícito pueden perderse o deformarse, caso contrario aceptar la solicitud del fiscal de aplicar estas medidas pese a ser de carácter temporal, sin tener una justificación clara y correctamente fundamentada pondría en detrimento el estado de presunción de inocencia, pues como se mencionó anteriormente la retención de los bienes que posee el indiciado únicamente cabe al tener una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Una vez concluido el tratamiento de la prueba indiciaria, se colige que la misma no afecta el debido proceso ni la presunción de inocencia, siempre y cuando se apliquen requerimientos técnicos que respalden la recolección y práctica de elementos probatorios indirectos, en cuyo proceso solo como último recurso debe restringirse el libre ejercicio de derechos, como por ejemplo el de propiedad. Se considera que los procesos de capacitación en materia de lavado de activos que se imparte a las autoridades fiscales, deben versar también sobre el manejo de la prueba indiciaria, esto también debe extenderse a los juzgadores en un proceso continuo que sirva para conocer la realidad de otras legislaciones con una preparación técnica más avanzada, además de enfocar la prevención y sanción de

¹⁸⁵ Ignacio Mahiques, “Perspectivas para combatir la criminalidad organizada a partir del nuevo código procesal penal de la nación”, en *Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código penal)-I*, dir. Edgardo Alberto Donna (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2015), 151.

lavado de activos no solo a la eficacia para reprimir los grupos criminales organizados, sino en el respeto a las garantías y derechos básicos venidos del debido proceso.

3. Breve análisis de casos

En el Ecuador, dos de los casos más polémicos de lavado de activos que se han suscitado en los últimos años son el *Caso Tarjeta Roja para los directivos de la Federación ecuatoriana de futbol*; y el *Caso Atardecer*. Los mismos han reflejado, por un lado la consecución de una investigación procesal adecuada por el delito de lavado de activos, manejando de manera correcta el estándar probatorio actual apegado al contexto garantista, pero todavía con falencias debido a la reciente tipificación del delito de lavado de activos como autónomo, por lo que se erró en aplicar el COIP, y no la Ley que estuvo vigente a la época en que se inició el cometimiento de la infracción, por lo cual en la motivación de la sentencia no se aplicó el principio de favorabilidad, lo que fue más tarde enmendado a través de un recurso de casación interpuesto por los acusados. Por otro lado, el caso Atardecer reflejó al debido proceso venido de un precario manejo de la información otorgada por entidades de control antilavado, siendo una estrategia política, el absolver a personas con poder financiero, condenando a chivos expiatorios.

3.1. Caso Tarjeta Roja para los directivos de la FEF, período 2010 al 2015

3.1.1. Antecedentes generales

Entre los años 2011 y 2015 el FBI investigó presuntos casos de corrupción ejecutados por dirigentes y autoridades de la Federación internacional de futbol asociado (FIFA en adelante), en el caso globalmente conocido como *FIFAGATE*. Se determinó movimientos inusuales ocultados bajo operaciones de derechos de transmisión, marketing y patrocinio de los torneos de fútbol organizado por la FIFA principalmente en América Latina. Esto llevó a que el 27 de mayo del 2015 se dé a conocer una lista con los involucrados en dicha red criminal y se detenga en Suiza a siete dirigentes deportivos, entre ellos el expresidente de la FIFA Joseph Blatter. Este escándalo puso en jaque la transparencia en el manejo del dinero de las organizaciones locales de futbol amateur en varios países de Sudamérica, al descubrirse una red de corrupción que vinculaba a varias autoridades del deporte latinoamericano con ilícitos de carácter económico, principalmente lavado de activos.

3.1.2. Investigación por parte de Fiscalía General del Estado y fundamentación probatoria

En el Ecuador, la entonces Fiscal de la Unidad Antilavado de Activos de la Fiscalía General del Estado, Diana Salazar, inició una investigación por presunto delito de lavado de activos en contra de Luis Chiriboga, ex presidente de la Federación ecuatoriana de fútbol (FEF); Vinicio Luna, Coordinador de Selecciones; Francisco Acosta Espinoza, Secretario de la FEF; y posteriormente se vinculó a Hugo Mora tesorero, y Pedro Marcelino Vera, quien era contador de la entidad deportiva, y personal del Luis Chiriboga. Dicho caso fue denominado *Tarjeta Roja* y es un reflejo de los avances y efectos de la tipificación de dicho delito como consigna de lucha contra la corrupción.

El Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas N°041-2015 del 3 de diciembre del 2015, publicado por el ex asambleísta Ramiro Aguilar,¹⁸⁶ fue punto de partida para el inicio de las investigaciones sobre el caso. En dicho informe se constataban datos provenientes de la acusación realizada en Estados Unidos por la fiscal Loreta Lynch, la parte pertinente del informe señala:

Según las autoridades del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, los presidentes de las asociaciones que conforman la CONMEBOL, entre ellos CHIRIBOGA ACOSTA LUIS GUSTAVO, presidente de la FEF, habrían recibido USD 1.500.000.00 cada uno, este dinero se habría recibido como soborno por los contratos de derechos de televisión de cuatro ediciones de la Copa América. [...] Además es necesario mencionar que, según la acusación de la Fiscal Loreta Lynch, los pagos por sobornos fueron transferidos de cuentas bancarias en Suiza controladas por DATISA a cuentas bancarias personales de los presidentes de las asociaciones afiliadas a la CONMEBOL de todo el mundo, incluyendo cuentas en Estados Unidos.¹⁸⁷

Fiscalía inicio la instrucción fiscal el 5 de diciembre del mismo año, en dicho proceso investigativo la entonces Unidad de análisis financiero o UAF (todavía no reformada por la Ley 2016) realizó varias inspecciones *in situ* contrastando información otorgada por el SRI,

¹⁸⁶ Ramiro Aguilar ex asambleísta requirió al Procurador General del Estado y director del CONCLA de ese entonces Diego García Carrión, para que solicite a la UAF para que esta “recabe información sobre las operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas de las cuentas bancarias de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, su presidente y demás dirigentes. Una vez que concluya la investigación, y de haber mérito para ello, el Consejo dispondrá a la UAF remita un reporte a la Fiscalía General del Estado, para los fines legales consiguientes”. Plan V, ¿“Una salida para Luis Chiriboga”?”, *Plan V*, 11 de enero de 2016, párr.6-7, <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/una-salida-luis-chiriboga/>.

¹⁸⁷ Ecuador UAFE, “Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas N°041-2015”, *Unidad de Análisis Financiero y Económico*, accedido el 01 de agosto de 2019, <http://www.cisepp.com/2016/01/06/publican-reporte-de-analisis-financiero-sobre-luis-chiriboga/>.

y la Unidad de Análisis Financiero de Panamá. Además, del informe arriba mencionado, cabe añadir también se analizaron transacciones inusuales por más de 5.228.509 dólares venidas de otro de los negocios de indiciado, esto es la organización de espectáculos públicos, monto que no coincidía con el cobro a artistas que rodeaba los 410.000 dólares entre 2010 y 2014.¹⁸⁸

En un segundo informe N° 2016-005, se determinó la existencia de transferencias realizadas por las empresas Full Play Group y Cross Trading a la FEF, que ascendían hasta los 2.400.000 dólares realizadas entre los años 2010 y 2015. Dichas empresas eran propiedad de Hugo y Mariano Jenkins quienes estaban siendo investigados por varios actos delictivos en Argentina y Estados Unidos. Esos movimientos financieros resultaron inusuales pues no estaban respaldados por documentos contables como facturas, o algún tipo de contrato. Además, se estableció que el tesorero de la FEF, Hugo Mora, recibió dinero por parte de la compañía SPORT Tv que no tenía soportes tributarios ni fiscales, y que Pedro Vera, además de ser contador de la FEF era contador personal del señor Luis Chiriboga, y de las compañías Oneris y Servitron pertenecientes al indiciado, verificando como algo sospechoso depósitos bancarios realizados a esta última compañía por parte de funcionarios de la FEF.¹⁸⁹

Toda esta información verificada por la UAF, fue contrastada con datos aportados por el SRI, y complementada con peritajes ordenados por Fiscalía. Así también se realizó un análisis por parte de la Unidad Antilavado de Activos de la Policía Judicial, determinando que el nombre de Luis Chiriboga se encontraba en una de las listas emitidas por Fiscalía general de Estados Unidos, que asociaban al indiciado con negocios presuntamente ilícitos venidos de actividades de grupos criminales organizados. Se puede evidenciar que el manejo de indicios en este caso se da con información extranjera, a partir de datos corroborados por la UAF de Panamá, investigativo se demuestra la importancia de la colaboración interinstitucional para poder formular adecuadamente una acusación sobre lavado de activos.

Ante esto se llamó a juicio y la audiencia se llevó a cabo el 20 de febrero del 2017, Fiscalía presentó como pruebas de cargo los informes emitidos por la UAF, testimonios de peritos especialistas en lavado de activos, así como funcionarios de entidades de prevención y control. En un proceso de lavado de activos como se había manifestado con anterioridad es complejo identificar el origen ilícito de activos cuando no se tienen un delito previamente

¹⁸⁸ Plan V, ¿“Una salida para Luis Chiriboga”?, párr.22.

¹⁸⁹Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio n°: 17282-2015-05549*, 20 de febrero de 2017, 29.

sancionado, ante esto se necesita de una técnica adecuada en el manejo de indicios, por lo que en este caso si la hubo, pues si bien Fiscalía aclaró que no existen requisitos de procedibilidad o prejudicialidad para acusar a una persona por este delito, si se necesita el nexo causal entre la infracción y los sujetos activos.

Entonces se determinó que el origen ilícito en este caso venía de dos fuentes: En primer lugar, de la acusación manifiesta del Tribunal de Distrito de Estados Unidos en Nueva York, formulada el 25 de noviembre del 2015, se determinó que Luis Chiriboga con otros dirigentes formaron una especie de grupo criminal, y que Hugo Mora y Pedro Vera coadyuvaron a ex presidente de la FEF , a no levantar sospechas, de que el dinero que ingresaba en la FEF por concepto de donaciones de la Conmebol, era maculado, y que servía para ocultar el patrimonio injustificado del señor Chiriboga. En segundo lugar, se concluyó que la segunda fuente de origen ilícito era un posible abuso de confianza en tanto las autoridades deportivas utilizaron aquellos depósitos para beneficio propio y de terceros aprovechándose de sus calidades de autoridades de la FEF. Así también mediante la asociación ilícita conformada, se facilitó la ejecución de los actos delictivos mencionados entre los años 2010 y 2015.

Todo aquello se extrajo como prueba directa de la información analizada en torno a la investigación abierta en Estados Unidos en la cual constaba el nombre de Luis Chiriboga, información brindada por Asistencia Penal Financiera de la Fiscalía General de Paraguay que revelaba las transacciones realizadas de la CONMEBOL a la FEF; y como pruebas indiciarias testimonios y peritajes, así como prueba documentales que evidenciaban inconsistencias en las transacciones realizadas por la CONMEBOL a la FEF que llegaron a ser 14 transacciones ascendientes a una suma de 6.119, 565 dólares, durante el periodo de 2010 a 2015 que fueron ocultadas a través de la figura de donaciones y mezclados con los fondos de la FEF. Es necesario aclarar que nunca se identificó una inversión de la carga probatoria, pues quien demostró que el depósito de dineros inusuales en el patrimonio de Luis Chiriboga, y la participación de Pedro Vera y Hugo Mora a través del ocultamiento del ilícito fue Fiscalía. Los acusados emitieron sus pruebas de descargo, pero aquellas fueron inconsistentes y confirmaron el origen ilícito de los dineros aportados.

El trabajo de cooperación fue fundamental para una investigación adecuada y eficaz que permita descubrir esta red de corrupción. Esto añadiéndole la importancia de un estudio

especializado de técnicas antilavado de activos que como manifiesta Cristian Marquéz, respecto al contexto colombiano:

Es allí donde aparece la relevancia e importancia de profesionales capacitados en la prevención, monitoreo, control e investigación de estos delitos que tienen permeado al fútbol, desde años atrás el auditor forense ha entrado a ser la pieza clave en la búsqueda de combatir estos flagelos, convirtiéndose en la mano derecha de la justicia en el ataque a este mal, pero el trabajo es fuerte y la preparación de los profesionales de esta ciencia debe estar a la altura de la necesidad actual, capacitándose constantemente dada la evolución que tiene el delincuente a la hora de buscar camuflar sus dineros ilícitos dentro del fútbol.¹⁹⁰

3.1.3. Motivación judicial

El momento en que se valora un tipo de prueba indiciaria es preciso que el grado de convencimiento del juzgador venga de la calidad y conexión de los indicios con los hechos subyacentes. Para dicho efecto, bastará la ausencia de un respaldo contundente, que llegue a inferir lógicamente un origen ilícito de los bienes materia de lavado. En el caso analizado, al momento de valorar las pruebas por parte del tribunal penal, se indica que en base a la sana crítica y experiencia se podrá llegar al convencimiento de la verdad de los hechos: “En definitiva la sana crítica, faculta a los Jueces a valorar las pruebas, otorgándoles libertad para examinarlas, ponderarlas, comparar las pruebas producidas unas con otras, preferir aquellas que a su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto en controversia. Operación intelectual que el Juez deberá realizarla con lógica, haciendo uso de su experiencia, dentro de la racionalidad”.¹⁹¹

Hablar de la sana crítica y aplicar el COIP resulta disonante, aún más cuando se desconoce que la ley que debía ser aplicada era la Ley 2010, que estaba en vigencia al momento de cometerse los hechos, es decir el juez valora en base a un estándar que estuvo contemplado en la legislación penal anterior, pero decide resolver con una ley posterior esto es el COIP. En consecuencia, el principio de favorabilidad al momento de emitir su pronunciamiento, fue omitido, pues si bien se habló de sana crítica, que era un estándar aplicado en la legislación anterior, se juzgó el delito con el COIP, que no estuvo en vigencia

¹⁹⁰ Cristian Giovanni Marquéz Vargas, “La corrupción en el fútbol colombiano y el papel de la auditoría forense”, en *Working Paper*, ed. Diego Mauricio Barragán (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 29, <https://observatorioappo.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/21/2019/03/Working-Papers-No1-Auditor%C3%ADa-Forense-y-Gesti%C3%B3n-Tributaria.pdf>.

¹⁹¹ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio n°17282-2015-05549*, 20 de febrero de 2017, 129.

al momento de cometerse la infracción. Ante esto era además un deber del Tribunal hacer un análisis más profundo del tipo de ilícito que estaban juzgado que al ser un delito continuado, en tanto los actos de ocultación, transferencia, conversión y colocación de los bienes, deben ser considerados como una unidad, y al desarrollarse entre los años 2010 y 2015, era indispensable analizar y aplicar el principio de favorabilidad. El estándar probatorio acogido en la legislación penal, esto es el legal dificulta la valoración de la prueba indiciaria, no obstante, es admisible si se aclara que se está aplicando la ley anterior que reconocía la motivación judicial en base a la sana crítica.

Ahora bien, al fundamentar la importancia de la prueba indiciaria el Tribunal señala que en último término la prueba por indicios siempre va a resolverse en las pruebas directas, y es por ello que establece que la falta de un soporte tributario, reflejado en facturas, contratos, documentos de depósitos que Fiscalía pudo demostrar y que los acusados no enervaron, fue determinante para no justificar la legalidad de las transferencias realizadas de la Conmebol a la FEF, que los acusados precisaron ser donaciones. Así también se determinó la coautoría de Hugo Mora, encargado principal del manejo de esos dineros, al ser el tesorero de la federación, debía estar pendiente de la fuente de los depósitos, y por último se señaló como cómplice a Pedro Vera, por ocultar la actividad ilícita de los funcionarios anteriormente mencionados, y no emitir informes contables, revisar facturación y otras tareas vinculadas con su cargo de contador dentro de la FEF.

En cuanto a la intencionalidad de los sujetos activos del delito, se establece que aquellos actuaron con dolo directo, en tanto, al ser autoridades de amplia trayectoria deportiva y empresarial tenían un conocimiento extenso para determinar cuándo dineros o efectivos provienen de una fuente sospechosa, y facilitaron aquello aprovechándose de los cargos que regentaban en la FEF, utilizando dicha entidad como medio para ocultar, transferir, y colocar los dineros maculados en el flujo financiero. Ante esto era obligación de los acusados verificar cada uno de los movimientos inusuales que se registraban en la cuenta de Luis Chiriboga, en el caso de Pedro Vera, se evidencia de los hechos que su dolo sería más bien eventual, pero esto no fue tomado en cuenta por el Tribunal, pues a diferencia de Luis Chiriboga y Hugo Mora, a este último se le determinó una participación en grado de cómplice, en tanto, si bien es cierto este no tenía mayor conocimiento de los actos delictivos previos, al ayudar a no emitir registros tributarios, no pagar impuestos, y acomodar el soporte

contable de la entidad y las cuentas personales de los acusados, suponía la ilegalidad del dinero, por lo que su deber era dar parte de dicha eventualidad.

La investigación llevada a cabo en este caso reflejó el inicio de un cambio en la manera de analizar este tipo de delito desde su naturaleza autónoma *per se*, además cómo los procesos de colaboración entre instituciones nacionales e internacionales cuyo fin es promover la lucha en contra de la criminalidad organizada, son fundamentales para manejar un tipo de prueba como la indiciaria en estos casos. No obstante, se identificaron graves errores como inobservar la aplicación del principio de favorabilidad, que indica que cuando un delito ha sido cometido antes de la expedición de una nueva ley y sus efectos perduran con aquella debe sancionarse con la ley más favorable para el reo. La Defensoría Pública del Ecuador en un análisis sobre la aplicación de este principio al respecto recalcó:

[...]el principio de favorabilidad o de ley posterior más benigna trae consigo la gran consecuencia de evitar que la situación jurídica de una persona se siga empeorando o manteniendo por el imperio de una ley derogada. Por ende, siempre será retroactiva la ley que beneficie a la persona sujeta de la penalidad, pues no conocemos ser humano alguno que prefiera quedarse en las cárceles aun cuando la ley posterior haya derogado o reducido su castigo. De esta forma, el principio de favorabilidad es trascendente e internormativo, pues con él conjugan además los principios de *in dubio pro reo*, interpretación *in bonam partem*, retroactividad, entre otros más.¹⁹²

El Tribunal aplicó la pena de diez años de prisión para Luis Chiriboga y Hugo Mora, y la pena de tres años cuatro meses para Pedro Vera. No obstante, de que en segunda instancia fue confirmada la sentencia venida en grado, ya en casación se tomó en cuenta dicha omisión, y se rebajó la pena a los procesados. Si bien en primera instancia se omitió la aplicación de un principio básico que respalda el debido proceso, como es el principio de favorabilidad, la investigación fue concordante con los datos aportados por las entidades de control nacional e internacional.

Finalmente, este caso reflejó la utilización de otros mecanismos para cometer lavado de activos, es decir, a través de federaciones deportivas, como con la FEF, que fue manipulada para ocultar dineros maculados y mezclarlos con los fondos de institución. Esto

¹⁹² Ernesto Pazmiño, Jorge Vicente Paladines, y Marlo Brito, *Guía de aplicación del principio de favorabilidad para las personas condenadas por delitos de drogas en el Ecuador* (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2014), 12, <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/977/1/Principio%20de%20favorabilidad.pdf>.

demonstró que no existía un control financiero ni transparencia en la misma, pues fueron sus máximos dirigentes los que se aprovecharon del cargo que ocupaban para ejecutar una de las redes más grandes de corrupción en la historia del deporte ecuatoriano. Aquello motivó la implementación de convenios de transparencia por parte de la UAFE, la Secretaría Anticorrupción de la Presidencia de la República y la FEF. Este convenio implica la ejecución de una certificación de la ISO Antisoborno 37001 así como la estructuración de la Unidad de Integridad Ética en la Federación Ecuatoriana de Fútbol, además de estrategias de control de corrupción y prevención de lavado de activos con el fin de generar transparencia en la gestión de la FEF.¹⁹³

3.2. Caso Atardecer

3.2.1. Antecedentes generales

El caso *Atardecer*, o conocido como *Ruta criminal del oro*, develó la división de posturas que en el transcurso de esta investigación se han analizado. Por un lado, el cuestionamiento respecto a las garantías del debido proceso, y por otro una línea contundente que trata de no dejar en la impunidad el fenómeno delictivo a través del desarrollo de sistemas técnicos de investigación y colaboración con las principales entidades de control y prevención.

Alberto Javier Antonio March Game, accionista mayoritario y Jordi Alberto March Game, accionista minoritario de la compañía SPARTAN DEL ECUADOR PRODUCTOS QUIMICOS S.A.; César Cuzco, accionista de CLEARPROCESS CIA.LTDA; Gustavo Tejada y Javier Roberto March Game, representantes legales de la compañía CLEARPROCESS CIA.LTDA.; y Daniel Navarrete, contador de CLEARPROCESS CIA.LTDA, fueron acusados por lavado de activos, en tanto durante el periodo 2013 a 2014 la compañía SPARTAN S.A. (dedicada en un inicio a actividades vinculadas a la producción de químicos de uso comercial) cambió su razón social, dedicándose además a la actividad de exportación de oro. En dicho periodo se observaron exportaciones por cantidades

¹⁹³Ecuador Unidad de análisis financiero y económico, “Federación Ecuatoriana de Fútbol, Secretaría Anticorrupción y UAFE forman alianza estratégica para prevenir la corrupción”, *Unidad de análisis financiero y económico*, accedido 15 de agosto de 2019, párr. 3-5, <https://www.uafe.gob.ec/federacion-ecuatoriana-de-futbol-secretaria-anticorrupcion-y-uafe-forman-alianza-estrategica-para-prevenir-la-corrupcion/>.

cuantiosas de este metal. Posteriormente la empresa CLEARPROCESS CIA.LTDA, del 2014 a 2015 continuo con dicha actividad, siendo SPARTAN S.A. accionista de esta última.

3.2.2. Investigación fiscal

Dentro de la investigación de Fiscalía se determinaron los siguientes puntos como indicios de lavado de activos:

- a) En primer lugar, existía una relación con las empresas Republic Metal y MBP Import ubicadas en los Estados Unidos y las entidades SPARTAN S.A. y CLEARPROCESS CIA.LTDA. La cantidad de oro transportada entre los años 2013 a 2015, superaba las exportaciones nacionales de dicho metal. Fiscalía estableció que el Ecuador en 2014 generó a 224 comercializadores ingresos por 752 millones de dólares. Mientras que esas compañías, captaron más del 50% de las ganancias¹⁹⁴.
- b) En segundo lugar, se determinó con ayuda de Agentes de la Unidad Antilavado de Activos de la Policía Judicial, mediante información aportada por la Superintendencia de Compañías, SENA, Agencia de regulación y control minero (ARCOM) y el SRI, la existencia de documentos falsos, en los que se respaldaba la existencia de supuestos proveedores de oro, amparados bajo el Régimen Impositivo Simplificado (RISE), y a través de maniobras fraudulentas ocultar el origen de la obtención de oro. Ello también se corroboró a través de una inspección *in situ* del supuesto lugar de donde se proveía el oro ubicado en Machala, se determinó que las personas que constaban en esa lista, ni siquiera tenían idea de la existencia de dichas compañías.
- c) Finalmente, se capturó una maleta de dinero de un vehículo que fue detenido en Loja, presuntamente proveniente de una transferencia por venta de oro, que no tenía respaldos documentales. Así también se obtuvieron registro y grabaciones telefónicas entre Cesar Cuzco, uno de los implicados y otras personas en las cuales se determinaba la creación de empresas pantalla para cubrir las actividades ilícitas respecto a la exportación de oro. “Entre el 2013 y el 2015 las dos empresas nacionales habían comprado oro por USD 585'112,669.89 a los proveedores. Los investigadores hicieron un análisis de 50 proveedores; primero se realizó el análisis de la actividad

¹⁹⁴ Ecuador Fiscalía General del Estado, “La ruta del oro comercializado por Spartan y Clearprocess registra presuntas anomalías”, *Fiscalía General del Estado*, 13 de agosto del 2016, párr. 1, <https://www.fiscalia.gob.ec/la-ruta-del-oro-comercializado-por-spartan-y-clearprocess-registra-presuntas-anomalias/>.

comercial, luego de los ingresos y egresos de dinero de los proveedores y luego realizar el análisis de los montos en el sector financiero, con lo declarado en el SRI. Se llegó a determinar que los proveedores de oro no habían tenido ingresos de la actividad comercial. De acuerdo a la UAFE, estos proveedores no mantenían montos en las cuentas del Sistema Financiero.”¹⁹⁵

Todos estos elementos fueron determinantes para formular una acusación, mediante el trabajo conjunto de Fiscalía, SRI, Unidad Antilavado de activos de la Policía Judicial, y la Superintendencia de Bancos, que a través de un proceso de inteligencia lograron determinar las irregularidades en cuanto al provisión de oro dentro de Ecuador.

En audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 8 de diciembre del 2017, se ratificó el estado de inocencia de los procesados Alberto Javier Antonio March Game y Jordi Alberto March Game, argumentando contradictoriamente que estos tenían una responsabilidad separada de las personas jurídicas que regentaban, y que Fiscalía no formuló acusación en contra de las empresas sino de sus representantes y accionistas, pero que sí se determinó transacciones inusuales reflejadas en la exportación de oro:

Más, como se ha analizado, la actividad de SPARTAN DEL ECUADOR PRODUCTOS QUIMICOS S.A., fue entre septiembre del 2013 y mayo del 2014, esto es antes del 10 de agosto del 2014 en que entró en vigencia el COIP, por lo cual no puede relacionársela con ninguno de los actos ejecutados con posterioridad a esa fecha; en tanto que la actividad de exportación del oro hacia EE.UU. por la compañía CLEARPROCESS CIA. LTDA., a partir del 10 de agosto del 2014, hasta septiembre del 2015, reflejan su utilización por parte de las personas sentenciadas para la comisión del delito de lavado de activos; por ello, cabe la incautación de la misma, así como de los valores retenidos de los saldos de las cuentas de los procesados condenados, al tenor de lo determinado en la última parte de la regla 1 del artículo 557 del COIP.¹⁹⁶

Entonces el giro de la actividad comercial por parte de SPARTAN S.A. a la cabeza de Alberto March Game y Jordi March Game no es tomada en cuenta después del año 2014, por lo que no estaba vigente el COIP, sin embargo, es imputable la conducta de CLEARPROCESS por actuar después de esa fecha. El tribunal no toma en cuenta la conexión de operaciones demostradas por Fiscalía que vinculaban posteriormente a esa fecha a SPARTAN S.A. con CLEAR PROCESS CÍA.LTDA. Es por ello que se sanciona a César Cuzco, Javier Roberto March Game, Gustavo Tejada y Daniel Navarrete como coautores de

¹⁹⁵ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil, “Sentencia”, en *Juicio n° 09286-2016-02579*, 8 de diciembre de 2017,110.

¹⁹⁶ *Ibíd.*,132-33.

lavado de activos, pero sin un mayor examen de los requisitos de procedibilidad para aplicar una suspensión condicional de la pena, a pedido de los procesados se le otorga la misma. Sin analizar el monto al que accedieron los activos vinculados con el ilícito y que fiscalía demostró la cuantía de las exportaciones inusuales, el tribunal establece que al no poderse determinar la cuantía debe aplicarse la suspensión condicional de la pena por no tratarse de un delito mayor a 5 años.

Se considera que el tribunal no analizó con eficacia ni estableció una motivación debida respecto de los elementos probatorios aportados por Fiscalía, en tanto no se tomó en cuenta las grabaciones obtenidas de las conversaciones entre César Cuzco y sujetos no identificados. Se señala que la defensa demostró que las exportaciones estaban respaldadas en contratos con empresas de Estados Unidos, y que el dinero transferido a las cuentas de aquellas empresas al Ecuador es origen lícito, pero la duda está en la legalidad del origen del oro obtenido en el Ecuador. Se establece que la presunta actividad ilícita previa fue una actividad de minería ilegal, empero la misma no era considerada delictiva en el periodo en que se inició las exportaciones, razón por la cual las actividades de SPARTAN CÍA.LTDA., al ser anteriores a la vigencia del COIP, no constituían fuente u origen ilícito para el presunto lavado de activos omitiéndose las pruebas indirectas presentadas como testimonios, peritajes de la policía judicial, y el hecho de que CLEARPROCESS estaba vinculada con SPARTAN.

3.2.3. Motivación judicial

Ahora bien, este caso ha sido objeto de debate sobre posibles vulneraciones al debido proceso, tras la pregunta ¿La actuación de Fiscalía vulneró el debido proceso, o el tribunal emitió una sentencia ratificatoria de inocencia y sustitutiva de privación de libertad, sin la fundamentación ni observación de todas las pruebas indiciarias presentadas? Al respecto, Jorge Zavala Egas establece que Fiscalía actuó violando el debido proceso al sustentar una acusación sin demostrar el origen ilícito del oro, confundiendo en su acusación su real procedencia, pues esta venía de la minería artesanal y no de una actividad delictiva. Fiscalía establece que el origen es incierto, pero para poder formular cargos es necesario identificar la ilicitud y no basarse en un criterio de certidumbre El oro tenía procedencia de minería artesanal, por ende, el origen era lícito. En cuanto a la utilización de documentos privados

falsos, esto fue la manera para poder adquirir el oro de la minería artesanal y no pagar impuestos.¹⁹⁷

Ahora bien, se considera que fiscalía debía establecer una conexidad entre el origen ilícito y la suplantación de identidad, en tanto si bien es cierto ni la minería artesanal no era un acto delictivo, el utilizar nombres de otras personas para hacerlas pasar como proveedores si lo era, y de allí podría afirmarse que el oro pudo obtenerse mediante la comisión de un delito. Por lo que no habría violación al debido proceso ni principio de presunción de inocencia. Si la acusación hubiera aclarado el origen ilícito y no el origen incierto, al que se refiere Zavala Egas, la práctica probatoria hubiera conducido a la determinación de la infracción y responsabilidad de los procesados. El debido proceso no puede ser visto como un límite que respalde la impunidad de estos casos, sino como un límite a la actuación de las autoridades de justicia que cuando no existen elementos de convicción serán directos o indiciarios que demuestren el ilícito, más allá de toda duda razonable respeten los principios y garantías como el estado de inocencia.

En este caso la existencia de un ilícito previo se determinó a través de un proceso de investigación en la cual múltiples entidades de control y prevención antilavado detectaron que la obtención del oro fue lograda mediante maniobras fraudulentas como la falsificación de documentos, y suplantación de identidad. En una entrevista realizada a Diana Salazar, fiscal encarga del caso en ese entonces se pueden establecer las presiones políticas que existieron para concluir en una sentencia absolutoria pese a que se aportaron las pruebas determinantes de la existencia de ilícito:

A mediados de 2016 vino el caso Atardecer, el tema de las exportaciones de 500 millones de oro, de unos empresarios muy altos que tenían dos empresas que primero se dedicaban a la producción química, luego dan un giro al negocio y se dedican a exportar oro. En menos de un año exportan 500 millones. ¡El Ecuador no tiene capacidad para producir 500 millones de dólares en oro! Suponiendo que tomamos todas las zonas productoras de oro de Nambija, Esmeraldas y El Oro, no alcanza. Pero ellos dicen que tenían pequeños proveedores. Ese es un caso de lavado de activos, el de mayor cantidad de dinero que he manejado. [...] Había presiones políticas: baje el tono, baje el tono. Luego, como no se cede, vienen las propuestas económicas. Y muy buenas propuestas económicas. Rechazadas todas, ahí estamos, logramos tener una sentencia en mayo. Pero los jueces tienen la potestad de decir: tiene razón la Fiscalía ante lo evidente como usted dice: ¿de dónde viene el oro? Así de fácil. Los jueces no podían decir: son inocentes, la Fiscalía se equivocó. Sino que: bueno, la Fiscalía no puede determinar qué cantidad de oro es lícita y cuál ilícita. Entonces les sentenciamos a once meses y una multa de cien mil dólares, cuando la multa en lavado de activos es el duplo de lo lavado. Es

¹⁹⁷ Jorge Zavala Egas, *Caso March ¡Delito imposible de lavado de activos! La ausencia del activo de origen delictivo en la exportación de oro*, (Ecuador: Zavala Egas División Académica, 2017),50.

decir, sin son 500, mil millones. Y los once meses los cumplían el día en el que estaban dictando la sentencia.¹⁹⁸

En virtud de aquello se considera que en la fundamentación de la sentencia no se tomó en cuenta el conjunto de elementos documentales, testimoniales y grabaciones que fueron contundentes para formular la acusación de Fiscalía, precisamente por la injerencia del poder político en la motivación judicial.

Los casos estudiados tienen un punto en común, el intento por mejorar los esquemas de prevención e investigación del delito de lavado de activos, desde una perspectiva no eficientista sino garantista, pues se ha visto que en el transcurso de las dos investigaciones no se vulneró derechos de los procesados, así mismo se evidencio la utilidad de la prueba indiciaria precisamente para respaldar aquel equilibrio que debe existir entre la búsqueda de la verdad y la observancia de un debido proceso. Sin embargo, existen diversas trabas identificadas con la carencia de una política pública integral antilavado de activos, a lo que debe añadirse la insuficiencia de recursos financieros, tecnológicos, y humanos destinados a la prevención e investigación de este delito. Lo anterior únicamente puede mejorar en la medida en que se construya un sistema encausado a fomentar la cooperación interinstitucional y los niveles de prevención internos, tanto a nivel público como privado.

¹⁹⁸Mundo Diners, “Diana Salazar: La mujer que fiscaliza el poder”, *Mundo Diners*, 7 de diciembre del 2017, <http://www.revistamundodiners.com/?p=7966>.

Conclusiones

La investigación abordada partió del siguiente cuestionamiento: *¿El estándar probatorio manejado a través de pruebas indiciarias en el delito de lavado de activos vulnera o no el debido proceso y presunción de inocencia de los procesados?* La respuesta a dicha pregunta indica que el estándar actual no vulnera el principio de presunción de inocencia ni el debido proceso, no obstante, ciertas falencias evidenciadas dentro de la investigación vinculadas todavía a una técnica insuficiente son las que podrían principiar una inobservancia del debido proceso, es decir el problema no está en la tipificación del lavado de activos ni su comprobación a través de pruebas indiciarias, sino en la política de prevención establecida. A continuación, se fundamenta dicha afirmación a través de las siguientes conclusiones:

Como conclusión general, y principal resultado del abordaje de la presente investigación, es que el debido proceso y la presunción de inocencia en el Ecuador no se ven vulnerados en la medida que el órgano fiscal dentro de la etapa procesal pertinente, esto es la *instrucción fiscal*, aplique la prueba indiciaria bajo los estándares reconocidos internacionalmente, y con el máximo apego no solo de los instrumentos internacionales antilavado de activos, sino reconociendo aquellos que versan sobre derechos humanos. En esta medida, se pudo establecer que la prueba indiciaria no es una mera inferencia sin respaldo contundente, al contrario, requiere de un cúmulo de características que revisten su tecnicidad, allí radica la validez de medios probatorios tales como, las investigaciones patrimoniales, informes internacionales y nacionales, auditoras, que permitan llegar a la verdad de los hechos.

Por dicho motivo, el debido proceso se garantiza, en tanto la prueba indiciaria no infiere inversión de la carga probatoria, como se ha querido establecer por parte de sus detractores. Se considera que es mucho más sólida en tanto requiere un mayor esfuerzo de investigación por parte del ente investigador, y de interpretación por los juzgadores, en comparación con otros delitos, para lo cual debe existir un criterio de coherencia y lógica del nexo causal, es decir, si bien la prueba es indirecta, el análisis que vincula el indicio con los hechos y responsabilidad de los acusados debe ser contundente y motivado. Aquello depende principalmente de la técnica manejada por los agentes investigadores, y los operadores de

justicia, dentro de la recolección de elementos de convicción y practica probatoria. Técnica que requiere de especialización planificación, excepcionalidad, pero sobre todo cuyo margen de aplicación siempre va a tener como confine la observancia de los derechos de las personas que están siendo procesadas.

En tal virtud, si se requiere comprobar la existencia de lavado de activos a través de indicios, solo de ultima ratio, se puede limitar ciertos derechos, como los analizados en la investigación, y nunca llegar al abuso ni vulneración de los mismos. La elaboración de dicha técnica que respalde el proceso investigativo en su etapa de instrucción, fiscal y posterior etapa de juzgamiento en la que el juez es el que debe ser garante de derechos, depende de una institucionalidad preventiva e investigativa bien cimentada, y respaldada en un reglamento interno.

Se observó que en el país todavía queda un largo camino en la construcción de una verdadera institucionalidad, razón por la cual los obstáculos que se pueden presentar en torno a una vigilancia plena, no están dados por el reconocimiento de la prueba por indicios, sino, por óbices tales como falta de comunicación entre instituciones, recursos económicos en la mejora de tecnología, falta de personal capacitado y especializado en técnicas antilavado, pero sobre todo en una conciencia y cultura de prevención de la que todos seamos parte. Este criterio conclusivo que responde a la pregunta problema del que ha partido el fenómeno analizado, desprende además las conclusiones:

1. La autonomía de lavado de activos es necesaria en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada. La corrupción globalizada ha manifestado un sinnúmero de mecanismos mediante los cuales la delincuencia organizada amplía su actividad criminal. Esta extensión comprende otra serie de actividades ilícitas destinadas a disfrazar u ocultar los resultados económicos provenientes de las conductas ilegalmente ejecutadas. De esta manera el lavado de activos se ha convertido en una de las principales amenazas contra la estabilidad económica y financiera de un país, razón por la cual la mayor parte de Estados han considerado introducirlo en la legislación como un tipo penal independiente o autónomo de la conducta previa que le dio origen, tanto sustantiva como procesalmente. Se colige que la autonomía es necesaria dentro de un sistema legal que lucha contra la corrupción, no solo para evitar dilaciones en la persecución de la conducta delictiva, sino para garantizar la no

vulneración de derechos de las personas que son procesadas, pues como se evidenció que la investigación dependa de requisitos como la prejudicialidad o procedibilidad, o inclusive de una lista taxativa de delitos fuentes contenidos en la legislación como en el caso de Brasil o Perú, imposibilita que pueda investigarse este delito si es derivado de otras conductas previas graves que no estén en la lista, por lo que podría llevar a la impunidad.

2. La escala punitiva debe reformarse en miras al garantismo penal. Dentro de la tipificación del lavado de activos contenida en la legislación ecuatoriana se identifica un gran avance adaptado a la lucha internacional contra el crimen organizado, empero la escala de agravación de penas en comparación con la ley vigente anterior al COIP, refleja los rezagos de un derecho penal máximo o de riesgo que no es compatible con el sistema garantista establecido en la Constitución. Los obstáculos investigativos pueden vulnerar el debido proceso y presunción de inocencia. Dentro del proceso investigativo el órgano fiscal y las entidades de control y prevención antilavado de activos han emprendido programas de colaboración y capacitación que se han desarrollado ampliamente en los últimos 5 años desde la incorporación de lavado de activos como delito en el Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, de las entrevistas realizadas a expertos en el tema y de la información obtenida de medios públicos es una realidad que los obstáculos respecto al ámbito investigativo, se vinculan principalmente con la carencia de dotación de recursos económicos y tecnológicos que facilite la labor de las entidades como la Unidad Antilavado de Activos tanto de la Fiscalía General del Estado como de la Policía Nacional. Similar situación ocurre con la Unidad de Análisis Financiero y Económico que, al no tener dichos mecanismos de investigación, la elaboración de informes o ROIs se torna lenta. Dicha situación también afecta a los procesos de capacitación que todavía requieren una mayor estructuración y continuidad. Aquello solo se logrará con la implementación de una estructura interinstitucional capaz de facilitar la cooperación nacional sobre todo con el acceso a la información requerida por los órganos de investigación.

3. Es necesaria la reestructuración institucional antilavado en el país para cumplir a cabalidad los estándares internacionales de prevención de lavado de activos. Según los expertos consultados no existe una verdadera institucionalidad antilavado de activos, pues las entidades de control se ven impedidas para actuar de oficio, si bien se manejan bajo un proceso de control interno que va desde la elaboración y actualización de manuales de control

y prevención, hasta estrategias de auditoría interna, únicamente en los casos de sospecha de lavado de activos se actúa una vez requerida la institución por parte de la Fiscalía, o UAFE. En cuanto a la cooperación nacional entre instituciones de prevención e investigación se establece que el intercambio de información todavía requiere mejoras, sobre todo a nivel de facilidad de acceso a la misma. Entidades como SRI, SENAE, Superintendencias de Compañías, de Bancos etc., solo pueden actuar con requerimiento de fiscalía de manera directa o a través de la UAFE, se considera que los procesos de control deben ser regulares y que cada entidad de control debe tener una dirección encargada y especializada específicamente a la prevención de lavado de activos.

4. El nivel técnico en el manejo de la prueba indiciaria y el delito de lavado de activos es necesario para evitar dilaciones procesales y vejaciones de los derechos de los procesados. Los procesos de capacitación son imperiosos para respaldar la conducción técnica no solo de la investigación sino en el momento en que las pruebas son practicadas en audiencia de juzgamiento por parte de un tribunal, cuyo conocimiento del estándar probatorio de prueba indiciaria debe ser mayor que el conocimiento general que sobre una prueba directa se tenga respecto de otros delitos. Es mayor el esfuerzo que se debe ejercer en este tipo de causas, siendo que existen solo bases de las que se puede inferir una actividad ilícita previa que todavía no está resuelta, en todo caso si la prueba incierta no es clara y a esto se le añade la falta de experiencia o poco conocimiento que los juzgadores tengan sobre este tipo de ilícitos económicos, podría caerse en la impunidad de los casos o condenar a personas inocentes.

5. La limitación a los derechos durante el proceso no constituye abuso de derecho solo si consta dicha medida de ultima ratio. De los casos analizados se evidencia que la limitación de ciertos derechos, principalmente los patrimoniales es necesaria para evitar la ocultación de material probatorio determinante para esclarecer los hechos, no obstante, debe aclararse en la normativa que dicha limitación es de carácter temporal, y que se debe recurrir a ella de ultima ratio solo si es determinante para descubrir el origen ilícito de los bienes objeto de lavado de activos. Además, todavía complejidades al momento del entendimiento y manejo de la prueba indiciaria, no en su recolección, si al momento de practicarla, en tanto las sentencias demostraron insuficiencia en la fundamentación y motivación, por ello se reitera que los procesos de capacitación no solo deben ir dirigidos a fiscales, a autoridades

de control y prevención, sino a los juzgadores quienes son los máximos responsables de vigilar el respeto de los derechos de los procesados a lo largo de la investigación delictiva.

En definitiva, la solución a dichas falencias no se encuentra en una reforma normativa per se, añadiendo un catálogo de delitos bases, o estableciendo como requisito para iniciar la investigación por este delito, la procedibilidad o prejudicialidad, que como se ha visto en otro país no ha dado lugar a un sistema garantista sino altamente punitivo, así como a la reforma legal contante de los cuerpos normativos. La respuesta está en un cambio estratégico en la política de estado en la que confluyan armónicamente dos ejes: la prevención y sanción del delito conforme lo señalan los instrumentos internacionales de prevención y erradicación de la delincuencia organizada y recomendaciones de la GAFI, de una manera compatible con el respeto a los procesados, es decir limitando solo de ultima ratio sus derechos patrimoniales dentro de la causa , únicamente cuando el manejo de la prueba indiciaria lo requiera, y previo a un proceso técnico en la recolección de información tomando en cuenta todo el conjunto de datos aportados por los órganos de control.

Propuestas

Las propuestas venidas del presente estudio van a ser enfocadas desde tres perspectivas, normativa, institucional-social y judicial:

1. En el plano normativo si bien es cierto debe mantenerse el carácter autónomo del lavado de activos sustantivo y procesal, es necesario que al hablarse de origen ilícito, pueda esclarecer que debe partir de un ilícito previo grave, y el legislador debe tener claro a qué se refiere con delito grave, de tal manera que sin acudir a requisitos como una sentencia condenatoria previa, o un informe vinculante de una entidad de control, los operadores de justicia en el momento de aplicar la norma puede tener claro el enfoque del que podría partir un origen ilícito y conducir de una manera más técnica y clara los elementos probatorio indiciarios recabados durante el proceso la redacción de la norma quedaría de la siguiente manera :

Artículo vigente

Art. 317.- Lavado de activos. - La persona que en forma directa o indirecta: 1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito. 2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito. 3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos. 6. Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país. Estos delitos son considerados como graves y autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.

Reforma

Art. 317.- Lavado de activos. - La persona que en forma directa o indirecta: 1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito. 2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito. 3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos. 6. Ingrese o

egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país. Estos delitos son considerados como graves y autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. *La gravedad del delito estará determinada por el nivel de afectación al bien jurídico protegido, en tanto conductas como tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, delitos contra la integridad e indemnidad sexual, minería ilegal, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, extorsión, robo, delitos aduaneros y otros de naturaleza similar o con capacidad de generar ganancias ilegales, puede llevar a la determinación del origen ilícito que determine la existencia del lavado de activos.* Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.¹⁹⁹

Determinar ejemplificativamente conductas previas que podrían principiar un lavado de activos podría facilitar la labor de fiscales y juzgadores, además de fomentar un equilibrio entre una investigación eficaz y el respeto hacia los derechos de los procesados. Ahora bien, en la normativa también debe aclararse que respecto a la limitación de ciertos derechos como los patrimoniales, será de ultima ratio y que implicará una retención temporal de los bienes injustificados solo cuando de estos pueda fundamentarse la importancia para esclarecer los presuntos hechos delictivos a partir de la inmovilización de esos bienes.

2. Dentro la perspectiva institucional, se pudo establecer como una de las vulnerabilidades de la investigación delictiva la falta de una estructura interinstitucional completa en la que cada entidad de control colabore de manera efectiva y ágil con las instituciones de investigación del Estado. Si bien hay un avance práctico, dicha institucionalidad debe estar amparada en una Manual Institucional regentado por la Fiscalía General del Estado, o establecerse la misma dentro de una norma de la Ley para prevención y erradicación de lavado de activos y financiamiento de terrorismo. Aquello podría contribuir a establecer estrategias, y técnicas regladas respecto a la dotación de datos de difícil acceso para los órganos investigativos, haciendo más contundente el respaldo a las pruebas indirectas obtenidas en la investigación, lo que haría menos probables obstáculos recurrentes que puedan de alguna manera vulnerar el debido proceso.

Así también se debe promover la implementación de acuerdos y proyectos de cooperación nacional respecto a la dotación de información, involucrando no solo a entidades públicas, sino también privadas fomentando de tal manera una cultura de prevención delictiva, pero no como comúnmente se la asimila dentro de un miedo generalizado, o riesgo

¹⁹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317.

latente, sino como una situación de interés público de la que todos los ciudadanos deben tener conocimiento.

3.Finalmente, desde la perspectiva judicial lo que llamó la atención dentro de la presente investigación , es que al momento de hablar de las capacitación impartidas a las entidades de control e investigación, se enfatizaba solo lo técnico, la búsqueda de herramientas adecuadas para luchar contra el lavado de activos, pero es necesario extender dicha capacitación hacia el área vinculada con los derechos humanos y garantías básicas del debido proceso que fundamentarán un equilibrio entre un adecuada investigación y la no arbitrariedad por parte de los funcionarios de justicia.

Bibliografía

- Allan Schott, Paul. *Guía de referencia para el antilavado de activos y la lucha contra el financiamiento del terrorismo*. Bogotá: Mayol Ediciones, 2007.
- Alonso, Silvana Andrea. “Lavado de activos: ¿concurso real, ideal o delito continuado?”. En *Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código penal)-I*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, 173-76. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2015.
- Amores Raza, Francisco Javier. “Administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo en instituciones financieras, caso Corporación Financiera Nacional en Operaciones de Segundo Piso (CFN)”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4879>.
- Araujo Granda, Paulina. *Derecho Penal Económico: Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Archila Guio, Jesús Enrique. *La prueba en el delito de lavado de activos*. Bogotá: Ibáñez.
- Arias Holguín, Diana Patricia. “Lavado de activos y modernización del derecho penal en el caso colombiano”. *Nuevo Foro Penal* 12, n°70 (2006):168-218. url: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/433>.
- Betancourt Restrepo, Sebastián. “La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal”. *Revista Ratio Juris* 5, n° 11 (2010):25-44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6263276>.
- Blanco Cordero, Isidoro. “Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero: Aspectos Sustantivos”. En *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, Isidoro Blanco Cordero, Eduardo Fabián Caparrós, Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, 91-203. Washington D.C.: Organización de Estados Americanos. Accedido 15 de diciembre de 2018. http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/oea%20cicad%20libro%204%20edicion.pdf.

- Calvache Recalde, Juan Carlos. “Análisis de los mecanismos administrativos de control implementados en la legislación ecuatoriana para detener el delito de lavado de activos”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4787/1/T1799-MDE-Calvache-Analisis.pdf>.
- Caparros, Eduardo Fabián. “La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía, y el bien jurídico protegido”. En *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, Isidoro Blanco Cordero, Eduardo Fabián Caparrós, Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, 13-87. Washington D.C.: Organización de Estados Americanos. Accedido 15 de diciembre de 2018. http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/oea%20cicad%20libro%204%20edicion.pdf.
- Colegio de contadores públicos de México. “Prevención de lavado de dinero”. En *Boletín de Investigación de la Comisión de prevención de lavado de dinero*, n°65 (2018) 3-11. url: <https://www.ccpm.org.mx/avisos/2018-2020/bien-juridico-prottegido.pdf>.
- Collado Medina, José, y Rodríguez Núñez, Alicia, “El blanqueo de capitales: una aproximación”. En *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, coordinado por Alicia Rodríguez Núñez, 615-38. Madrid: Dykinson S.L., 2013.
- Colombia. *Código Penal Ley 599 del 2000*. Diario Oficial 25 de julio de 2000. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20160208_02.pdf.
- . Unidad de información y análisis financiero. *Las unidades de inteligencia financiera y el sistema antilavado de activos y contra la financiación del terrorismo: Un nuevo modelo de gestión: Sistémico, amplio y bidireccional (SAB)*. Bogotá: UIAF, 2014.
- De la Haza Barrantes, Antonio, Aguedo Huiza, Beatriz, y Rosales Vicente. “Ni dejar hacer ni dejar pasar: el compromiso de las instituciones bancarias peruanas frente al lavado de activos a través de la implementación de una metodología por riesgo”. *Derecho PUCP*, n°80 (2018): 281-330. doi: 10.18800/derechopucp.201801.008.
- De la Torre Lascano, Carlos Mauricio. “Lavado de Activos: Situación actual del Ecuador frente al GAFI”. *Revista Publicando* 3, n°8 (2016):317-34. url: <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16580>

———. “Relación existente entre paraísos fiscales, lavado de activos y defraudación tributaria. Un análisis desde la normativa de Ecuador”. *Revista de la Facultad de derecho* (Universidad Central del Ecuador), n°43 (2017):13-46. url: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n43/2301-0665-rfd-43-00003.pdf>.

De la Torre Lascano, Mauricio, y Quintanilla Romero, Marco. “Organismos internacionales contra la lucha de lavado de activos”. En *Memorias científicas del VI Congreso internacional ciencias administrativas*, compilado por Grecia Cardona Moscoso y Edgar Olivares Alvares, 351-65. La Paz: Universidad Privada Franz Tamayo, 2017, <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16581>.

Díaz- Maroto y Villarejo, Julio. “Recepción de las propuestas del GAFI”. En *Política criminal y blanqueo de capitales*, editado por Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo, 21-66. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero del 2014.

———. *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre del 2014.

———. *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre del 2008.

———. Fiscalía General del Estado. “La ruta del oro comercializado por Spartan y Clearprocess registra presuntas anomalías”. *Fiscalía General del Estado*. 13 de agosto del 2016. <https://www.fiscalia.gob.ec/la-ruta-del-oro-comercializado-por-spartan-y-clearprocess-registra-presuntas-anomalias/>.

———. Fiscalía General del Estado. “La UNIDOT enfrentará de manera eficiente a las estructuras criminales”. *Fiscalía General del Estado*. Accedido 07 de abril de 2019. <https://www.fiscalia.gob.ec/la-unidot-enfrentara-de-manera-eficiente-a-las-estructuras-criminales/>.

———. Fiscalía General del Estado. *Resolución n°25-FGE-2017*. Registro Oficial 23, Suplemento, 27 de junio de 2017.

———. *Ley de Compañía*. Registro Oficial 312, Suplemento, 5 de noviembre del 1999.

———. *Ley de control y fiscalización del tráfico de estupefacientes*. Registro Oficial 366, Suplemento, 23 de noviembre de 1970.

- *Ley de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*. Registro Oficial 352, Suplemento, 30 de diciembre de 2010.
- *Ley orgánica de la contraloría general del Estado*. Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2001.
- *Ley orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*. Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016.
- *Ley para reprimir el lavado de activos*. Registro Oficial 127, Suplemento, 18 de octubre de 2005.
- *Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas*. Registro Oficial 400, Suplemento, 21 de marzo de 1991.
- *Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento de Terrorismo y otros delitos*. Registro Oficial 396, Suplemento, 28 de diciembre del 2018.
- Servicio Nacional de Aduana. “Unidad de vigilancia aduanera”. *Servicio nacional de aduana del Ecuador*. Accedido 15 de junio del 2019. <https://www.aduana.gob.ec/quienes-somos-uva/>.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. “Dirección nacional de prevención de lavado de activos”. Accedido 27 de abril de 2019. <https://portal.supercias.gob.ec/wps/portal/Inicio/LavadoActivos>
- Superintendencia de Bancos y Seguro. “Manual técnico de estructuras de datos de prevención de lavado de activos – IFIS 2015”. *Superintendencia de Bancos del Ecuador*, 2015.
- Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. “Sentencia”. En *Juicio n°17282-2015-05549*. 20 de febrero de 2017.
- Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio n° 09286-2016-02579*. 8 de diciembre de 2017.
- Unidad de análisis financiero y económico. “Plan estratégico institucional 2018-2021”. *Unidad de análisis financiero y económico*, 2018.

https://www.uafe.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/06/Planificaci%C3%B3n-Estrat%C3%A9gica-UAFE_2018-2021.pdf.

———. UAFE. “Federación Ecuatoriana de Fútbol, Secretaría Anticorrupción y UAFE forman alianza estratégica para prevenir la corrupción”. *Unidad de análisis financiero y económico*. 15 de agosto de 2019. <https://www.uafe.gob.ec/federacion-ecuatoriana-de-futbol-secretaria-anticorrupcion-y-uafe-forman-alianza-estrategica-para-prevenir-la-corrupcion/>.

———. UAFE. “Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas N°041-2015”. *Unidad de Análisis Financiero y Económico*. <http://www.cisep.com/2016/01/06/publican-report-de-analisis-financiero-sobre-luis-chiriboga/>.

Ecuadorinmediato. “Ecuador no cuenta con Contralor General del Estado legal por más de 23 meses”. *Ecuadorinmediato*. 09 de mayo de 2019. http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818854156.

Egmont Group. “Como aplicar”. *Egmont Group*. Accedido 06 de junio de 2019. <https://www.egmontgroup.org/en/content/how-to-apply>.

El Comercio. “El Gobierno busca consolidar dos frentes contra la corrupción”. *El Comercio*. 20 de febrero de 2019. <https://www.elcomercio.com/actualidad/corrupcion-convenio-gobierno-instituciones-investigacion.html>.

———. “Escaso avance para recuperar dinero ilegal”. *El Comercio*. 15 de julio del 2019. <https://www.elcomercio.com/actualidad/avance-recuperacion-dinero-ilegal-ecuador.html>.

———. “La ciudadanía está obligada a reportar actividades sospechosas de lavado de activos”. *El Comercio*. 11 de junio de 2016. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/la-ciudadania-esta-obligada-a-reportar-actividades-sospechosas-de-lavado-de-activos>.

———. “La inclusión en la lista del GAFI, afecta”. *El Comercio*. 17 de mayo de 2010. <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/inclusion-lista-del-gafi-afecta.html>.

- El Telégrafo. “De 11 casos procesado por lavado de activos en 2015, en 4 hubo sentencias”. *El Telégrafo*. 10 de febrero del 2016. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/de-11-casos-procesados-por-lavado-de-activos-en-2015-en-4-hubo-sentencias>.
- . “Casos de defraudación y lavado de activos se detectaron en acería china”. *El Telégrafo*. 09 de enero de 2019. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/casos-defraudacion-lavado-activos-aceria-china>.
- El Universo. “Juez falla a favor de procesados en caso 'Pases Policiales’”. *El Universo*. Accedido 3 de junio de 2019. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/06/03/nota/7359933/juez-falla-favor-procesados-caso-pases-policiales>.
- Enríquez Bermeo, Francisco. “Ecuador en el circuito de lavado de activos”. *Perfil Criminológico*, n°14 (2015): 3-5. url: <https://www.fiscalia.gob.ec/images/PerfilCriminologico/criminologico14.pdf>.
- Espinoza Ortega, María Isabel. “Terrorismo y derecho humanos, ¿terror para quién?”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5425>.
- Ferrajoli, Luigi. “Criminalidad y Globalización”. En *Globalización y derecho*, compilado por Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, 145-60. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino. “Autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo”. *Dialogo con la Jurisprudencia* (Universidad de San Marcos), n.º213(2016):17-37. url:[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/837B05C029D6255B0525825000745732/\\$FILE/DJ213.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/837B05C029D6255B0525825000745732/$FILE/DJ213.PDF).
- GAFI. “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación: Las Recomendaciones del GAFI”. *Grupo de acción financiera internacional*, 2012. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/portal/1-recomendaciones-gafi/file>.

- García Espinoza, Vladimir Simón. “Prueba indiciaria en el delito de lavado de activos en el distrito judicial de Lima Norte 2016”. Tesis de maestría, Escuela de posgrado Universidad Cesar Vallejo, 2018. <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/21175>.
- García Falconí, Ramiro, Pérez Cruz, Agustín , y Guevara Bárcenes, Alba. *El proceso penal: derechos y garantías en el proceso penal*. Lima: ARA Editores, 2014.
- Hdez. Viguera, Juan. *Los paraísos fiscales: Como los centros offshore socavan las democracias*. Madrid: Ediciones AKAL, 2009.
- . *El trasfondo de los paraísos fiscales*. España: ATTAC, 2006. <https://es.slideshare.net/sergiomesa3/libro-el-trasfondo-de-los-paraisos-fiscales>
- Hernández Quintero, Hernando A. “Aspectos polémicos sobre el objeto material del delito de lavado de activos (delito fuente). *Justicia* (Universidad Simón Bolívar de Barranquilla), n°32 (2017): 118-38. url: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n32/0124-7441-just-32-00118.pdf>.
- Herzog, Félix. “Sociedad del riesgo, derecho penal de riesgo, regulación del riesgo: Perspectivas más allá del derecho penal”. En *Critica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, y Adán Nieto Martín, 249-58. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/12sociedad-del-riesgo-derecho-penal-del-riesgo-regulacion-del-riesgo.pdf>.
- Instituto de Basilea sobre Gobernanza. “Nuestro Enfoque”. Accedido 2 de junio de 2019. <https://www.baselgovernance.org/asset-recovery/our-approach>
- Jiménez Días, María José. “Sociedad de riesgo e intervención penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Universidad de Granada), n.º 16 (2014):2. url: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>.
- Jorge, Guillermo. *Recuperación de Activos de la Corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- Lombardero Expósito, Luis Manuel. “El Grupo de Acción Financiera Internacional: Revisión del mandato (2008-2012)”. *Revista de Estudios Jurídicos*, n°8(2008): 1-15. url: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/18/17>.

- López Medina, Lenin. “La eficacia de la prueba indiciaria en el proceso penal ecuatoriano”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007. <http://hdl.handle.net/10644/514>.
- Mahiques, Ignacio. “Perspectivas para combatir la criminalidad organizada a partir del nuevo código procesal penal de la nación”. En *Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código penal)-I*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, 139-60. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2015.
- Marquéz Vargas, Cristian Giovanni. “La corrupción en el fútbol colombiano y el papel de la auditoría forense”. En *Working Paper*, editado por Diego Mauricio Barragán, 25-31. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://observatorioappo.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/21/2019/03/Working-Papers-No1-Auditor%C3%ADa-Forense-y-Gesti%C3%B3n-Tributaria.pdf>.
- Mendoza Llamapponcca, Fidel Nicolás. “El delito fuente en el lavado de activos”. En *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance, Anuario de derecho penal 2013-2014*, coordinado por Fidel Nicolás Mendoza Llamapponcca, 293-357. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú/Fondo Editorial, 2016. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_11.pdf.
- Moscoso Segarra, Alejandro, “El lavado de activos en la legislación dominicana”. En *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, contribuyentes Norma Bautista et.al., 65-86. Santo Domingo: USAID, 2005.
- Mundo Diners. “Diana Salazar: La mujer que fiscaliza el poder”. *Mundo Diners*. 7 de diciembre del 2017. <http://www.revistamundodiners.com/?p=7966>.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. *Ius et Praxis* 11, n°1(2005):221-41. url: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529>
- ONU Asamblea General. *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. 20 de diciembre de 1988.
- *Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo*. 15 de diciembre del 2000.

——— *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, 9 de diciembre de 1999.

Palitot Braga, Rómulo Rhemo, y Apolinario Soto, Arthur Einstein. “Perspectiva dogmática del lavado de dinero en el sistema penal brasilero”. En *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, compilado por Álvaro Vargas y Renato Vargas Lozano, 49-63. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda/Grupo de Investigaciones en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, 2017.

Pariona Arana, Raúl. “Consideraciones sobre la llamada autonomía del delito de lavado de activos”. En *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, coordinado por Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, 359-76. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, 2016. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_12.pdf.

Páucar Chappa, Marcial Eloy. *La investigación del delito de lavado de Activos*. Lima: ARA Editores, 2013.

Pazmiño, Ernesto, Paladines, Jorge Vicente, y Brito, Marlo. *Guía de aplicación del principio de favorabilidad para las personas condenadas por delitos de drogas en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2014. <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/977/1/Principio%20de%20favorabilidad.pdf>.

Pérez Gudiño, Daniel. *La construcción de un tangram político: Ecuador y la lista negra del GAFI*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3838/1/SM131-Gudi%C3%B1oLa%20construccion.pdf>.

Pinto Ricardo, y Chevalier, Ophelie. “El delito de lavado de activos como delito autónomo: Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria”. *Comisión interamericana para el control del abuso de drogas*. Accedido 02 de enero de 2019. www.cicad.oas.org.

- Pisfil, Daniel. “La prueba indiciaria y su relevancia en el proceso penal”. *Revista de la Maestría en Derecho Penal* 5, n°1 (2014): 119-47. url: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/issue/view/1004>
- Plan V. “Las cifras de lavado de activos en Ecuador”, *Plan V*. 05 de noviembre de 2018. <https://www.planv.com.ec/historias/politica/cifras-del-lavado-activos-el-ecuador>.
- . “Palos de ciego en la lucha contra la corrupción”. *Plan V*. 12 de febrero de 2019. <https://www.planv.com.ec/historias/politica/palos-ciego-la-lucha-contra-la-corrupcion>.
- . ¿“Una salida para Luis Chiriboga”? *Plan V*. 11 de enero de 2016. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/una-salida-luis-chiriboga>.
- Policía Nacional del Ecuador. “Unidad de lavado de activos”. *Policía Nacional del Ecuador*. <https://www.policiaecuador.gob.ec/unidad-de-lavado-de-activos/>.
- Rodríguez Huertas, Olivo. “Lavado de activos generalidades”. En *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, contribuyentes Norma Bautista et.al., 1-31. Santo Domingo: USAID, 2005.
- . “Marco internacional del lavado de activos”. En *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, contribuyentes Norma Bautista et.al., 33-63. Santo Domingo: USAID, 2005.
- Rodríguez Bejarano, Carolina. “El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Memorando de derecho* 2 (Universidad Libre de Colombia), n°2 (2011): 23-36. url: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3851099>
- Sánchez, Astrid Liliana. *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso: Una historia del proceso penal colombiano*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2017.
- Serrano, Mónica. *Crimen Transnacional organizado y seguridad internacional: Cambio y continuidad*, traducido por Isabel Vericat Núñez. México D.F.: Fondo de cultura económica, 2005.
- Sierra N, Alan. “El lavado de activos en el Ecuador”. *El Universo*. 17 de septiembre de 2017. <https://www.eluniverso.com/opinion/2017/09/17/nota/6384298/lavado-activos-ecuador>.

- Solano Córdova, Daniela Cecilia. “Una mirada realista a los regímenes internacionales de lavado de activos. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4736/1/T1755-MRI-Solano-Una%20Mirada.pdf>
- Spangenberg Bolívar, Mario. “El derecho penal del riesgo globalizado. Desafíos para un derecho penal legítimo y transnacionalmente objetivo”. *Revista de Derecho UCUDAL* 2, n°15 (2017):257-76. doi: <https://doi.org/10.22235/rd.v1i15.1377>.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Lavado de activos: Aproximaciones desde la imputación objetiva y la autoría mediata*. Quito: Corporación de Estudios y publicaciones, 2010.
- Zavala Egas, Jorge. *Caso March ¡Delito imposible de lavado de activos! La ausencia del activo de origen delictivo en la exportación de oro*. Ecuador: Zavala Egas División Académica. 2017.

Anexos

Anexo 1: Tablas

Tabla 1
Cuarenta Recomendaciones emitidas en 1990 y revisadas en 1996 para su aplicación integral

Sección de Recomendaciones	Objetivos
Sección A Sistemas legales, (1-3)	El objeto es establecer el margen de riesgo aplicable en una sociedad para poder implementar las recomendaciones. Implica el propósito de que los estados parte del grupo tipifiquen acorde a sus legislaciones del delito de lavado de activos.
Sección B Medidas tomadas por las instituciones financieras y no financieras, (4-25)	Se pretende que las instituciones del sistema financiero de los países parte adecuen planes de acción interno para obstaculizar el lavado de activos.
Sección E Facultades y responsabilidades de las autoridades competente y otras medidas institucionales, (26-34)	Creación de Unidades de Inteligencia Financiera, control de entidades del sistema financiero y estrategias a nivel interinstitucional.
Sección G Cooperación internacional, (35-40)	Lineamientos legales de inspección y vigilancia mutua entre naciones para evitar el cometimiento de lavado de capitales.
Nueve Recomendaciones Especiales del GAFI generadas en 2001 y aplicadas en el 2002.	
Estas recomendaciones tienen como fin la prevención principalmente de lavado de activos vinculadas con actividades terroristas, por lo que su adecuación implica una serie de recursos técnicos y económicos tendientes a controlar la actividad de grupos considerados subversivos.	

Fuente: Guía de estudio para el examen de certificación del CAMS, Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero.

Elaboración: Propia.

Tabla 2
Estrategia Integral de Renta

Estrategias	Objetivos
Combate a las empresas fantasma	El uso de empresas fantasmas refleja un esquema de planificación fiscal agresiva, a través del cual se pretende sustentar costos irreales, justificar adquisiciones de mercadería de procedencia ilegal, ocultar pagos ilícitos, y, principalmente, reducir el pago de impuestos y con ello la participación de los trabajadores en las utilidades. Durante el año 2018, el SRI continuará investigando y publicando nuevos listados de empresas fantasmas y continuará con el control de los clientes de las empresas calificadas como fantasmas durante los años 2017 y 2018. Paralelamente se realizarán las acciones penales que correspondan.
Control de ingresos por operaciones inusuales	Este control está dirigido a la detección temprana y notificación ágil de contribuyentes con operaciones económicas atípicas que no guardan relación con sus ingresos declarados o que no hayan presentado declaración. El SRI ha desarrollado, a través de modelos inteligentes, un sistema que permite realizar una selección objetiva de los contribuyentes que se encuentren relacionados

	con tramas de evasión y elusión tributaria, los resultados obtenidos permitirán la mejora continua del modelo (Inteligencia automatizada). Entre las principales operaciones inusuales identificadas están las compras reportadas por terceros, inversiones, movimiento internacional de divisas, entre otros. El universo de contribuyentes para analizar asciende a más de 300 mil contribuyentes por los ejercicios fiscales 2013 y 2017.
Control patrimonial y al incremento patrimonial injustificado	El SRI en su continuo combate a la evasión tributaria ha impulsado normativa y generados instrumentos que permiten contar con valiosa información para la detección temprana del incremento patrimonial injustificado. Estas medidas han permitido identificar un universo de riesgo de más de 4 mil contribuyentes, y para el 2018 se fortalecerán las siguientes estrategias: Control de la presentación de la declaración patrimonial, Control a contribuyentes con alto patrimonio y baja carga fiscal y Control al incremento patrimonial injustificado a integrantes de grupos económicos y personas naturales con riesgo.

Fuente: Servicio Nacional de Rentas Internas.

Elaboración: SRI.

Tabla 3
Cronología del caso Tarjeta Roja

Cronología	Etapa	Ejecución de actividades	Información relevante	Medidas limitativas de derechos
5 de junio de 2015	*Primeros actos de investigación, siendo el primero el requerimiento a la entonces fiscal general de los Estados Unidos, Loreta Lynch información en torno al caso FIFAGATE, que vinculaba a autoridades de fútbol latinoamericanas.	*Esta información fue negada para no obstaculizar las investigaciones norteamericanas.	*Ramiro Aguilar ex asambleísta solicitó a través de la Procuraduría General del Estado y CONCLA, que la UAF inicie una investigación basada en una información dada por Fiscalía General de Estados Unidos respecto al escándalo de corrupción FIFAGATE, en que se mencionó estarían vinculados varios dirigentes deportivos asociados a la CONMEBOL, entre ellos autoridades de la FEF.	
5 de diciembre de 2015	*Se formula cargos e Inicia instrucción fiscal en contra de Vinicio Luna Lalama, Francisco Acosta y Luis Chiriboga. *La UAF (todavía no reformada por la Ley 2016) realizó varias inspecciones in situ contrastando información otorgada por el SRI, y la Unidad de Análisis Financiero de Panamá.	*La base investigativa fue el Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas No. 041-2015, de fecha 3 de diciembre de 2015, se indica la existencia de transacciones inusuales de dinero, ordenadas por Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL en una cuenta que Luis Chiriboga tenía en Panamá reflejadas en transacciones bimensuales eran de 40.000 dólares, cuando al año lo correcto era percibir una cantidad de 120.000 dólares. También se analizaron transacciones	*Movimientos financieros resultaron inusuales pues no estaban respaldados por documentos contables como facturas, o algún tipo de contrato. *Se determinó que el tesorero de la FEF, Hugo Mora, recibió dinero por parte de la compañía SPORT Tv que no tenía soportes tributarios ni fiscales, y que Pedro Vera, además de ser contador de la FEF era contador personal del señor Luis Chiriboga, y contador de las compañías Oneris y Servitron	*Se ordena prisión preventiva en contra de los indiciados. Pero respecto a Luis Chiriboga y Francisco Acosta se ordena arresto domiciliario por ser adultos mayores.

		<p>inusuales por más de 3.900.000 dólares venidas de otro de los negocios de indiciado, esto es la organización de espectáculos públicos uno de los peritos encargados analista de la UAF, mencionó en la audiencia de juzgamiento.</p> <p>*Segundo informe se señaló la existencia de transferencias realizadas por las empresas Full Play Group y Cross Trading a la FEF, que ascendían hasta los 2.400.000 dólares realizadas entre los años 2010 y 2015. Dichas empresas eran propiedad de Hugo y Mariano Jenkins quienes estaban siendo investigados por varios actos delictivos en Argentina y Estados Unidos</p>	<p>pertencientes al indiciado, verificando como algo sospechoso depósitos bancarios realizados a esta última compañía por parte de funcionarios de la FEF.</p>	
3 de marzo de 2016	*Vinculación de Hugo Mora Asanza y Pedro Vera Valverde.			*Se ordena prisión preventiva en contra de los vinculados.
13 de mayo de 2016	*Se inicia proceso abreviado contra Vinicio Luna.	*El indiciado acepto los hechos siendo participe en lavado de activos. Se demostró entregas de dinero y luego con bienes asciende a la suma de 32. 438,00 en bienes que no fueron justificados su legal procedencia.		*Impone una pena de 12 meses y el decomiso de un vehículo propiedad del procesado.
05 de mayo de 2016	*Se dicta auto de sobreseimiento a favor de Francisco Acosta Espinoza.	*Fiscal se abstiene de acusar al indiciado.	*No se encontraron elementos que sostengan la acusación formulada en contra del indiciado. *Se estableció que el procesado al ser secretario de la FEF, no tenía vinculación con asuntos financieros de la institución deportiva, por ende, no pudo acceder a las cuentas ni estados financieros.	*Se levantan medidas como arresto domiciliario, retención de cuentas y prohibición de enajenar bienes.

			*No evidenciarse contradicciones financieras en las cuantas del procesado, las mismas que estaban respaldadas por su actividad económica.	
20 de febrero de 2017	*Audiencia de juzgamiento.	*Fiscalía presentó como pruebas de cargo los informes emitidos por la UAF, testimonios de peritos especialistas en lavado de activos, así como funcionarios de entidades de prevención y control.	* Según peritaje elaborado por Diego Iván Jácome analista de la UAF, y de cuyo testimonio se demostró que los ingresos por negocios de espectáculos públicos realizados por Luis Chiriboga mantenían inconsistencia pues los ingresos por espectáculos públicos eran de 410.000 dólares, monto inferior a los registros tributarios emitidos por SRI, que llegaban a los 5.000.000 dólares.	*Se sentencia a los acusados en grado de coautores a Luis Chiriboga y Hugo Mora, a una pena de 10 años de prisión conforme lo establece el artículo 317 numerales 1 y 2 del COIP; y a Pedro Vera en calidad de complica la pena de 3 años 4 meses de prisión.
28 de agosto del 2017	*Audiencia de apelación.	*Se desecha el recurso propuesto y se confirma la sentencia de primera instancia.		
30 de julio del 2018	*Audiencia de casación.	*Se hace un análisis de los errores en cuanto a la aplicación normativa, estableciendo que no se ha tomado en cuenta la ley vigente a la fecha en que se cometió el delito.		*Se aplica el principio de favorabilidad para los sentenciados y se resuelve disminuir la pena para Luis Chiriboga y Hugo Mora de 10 a 6 años, y para Pedro Vera 2 años.

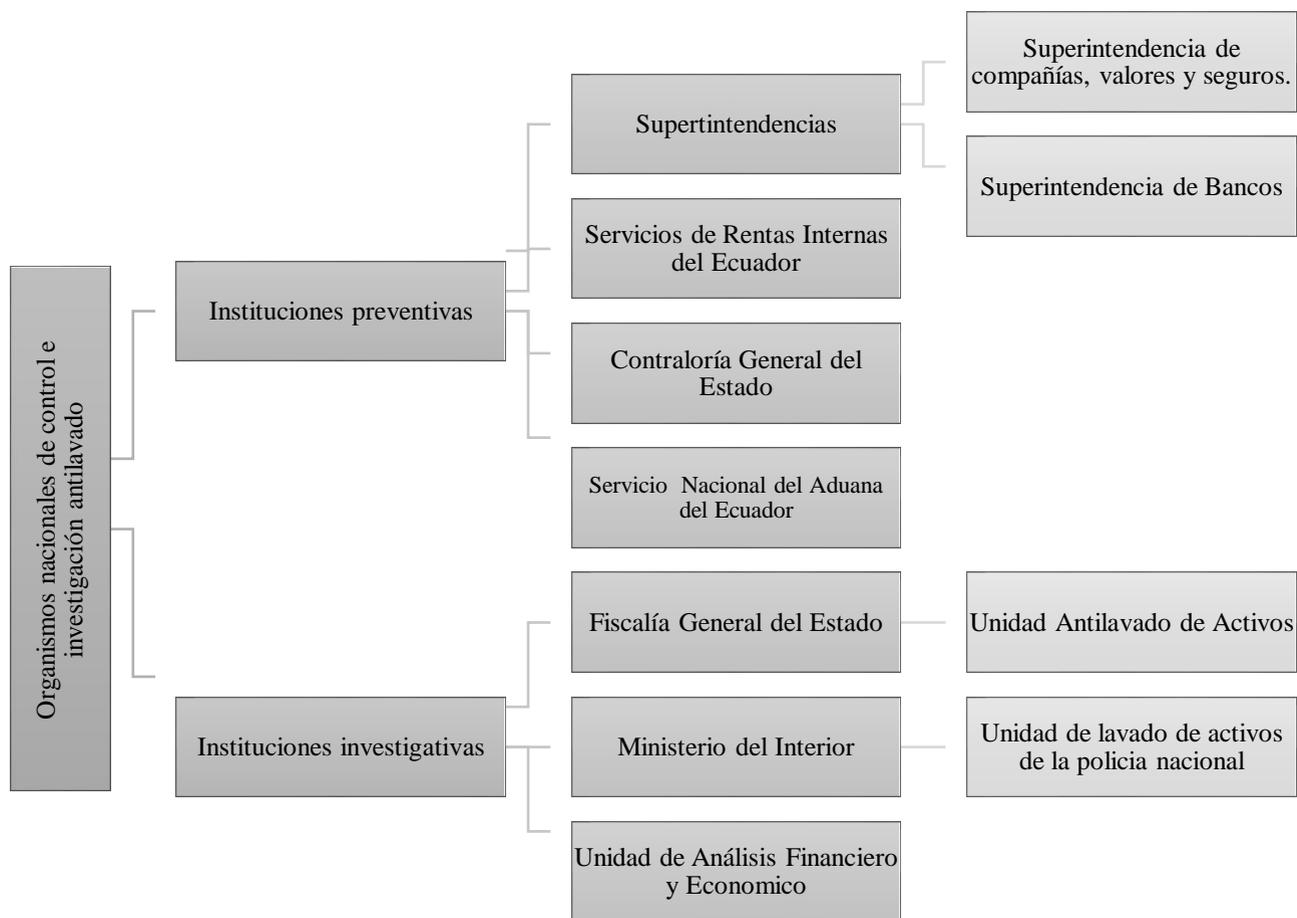
Fuente: Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, Sentencia, 20 de febrero de 2017 en *Juicio n°17282-2015-05549*.

Elaboración: Propia

Anexo 2: Cuadros

Cuadro 1

Estructura institucional local para prevenir e investigar el lavado de activos

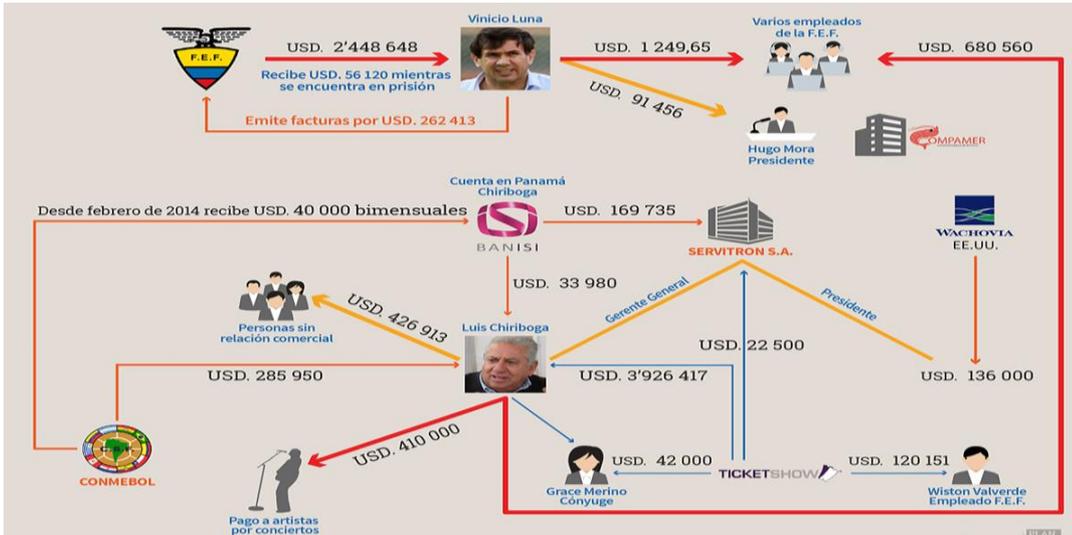


Elaboración: Propia

Anexo 3: Imágenes

Imagen 1

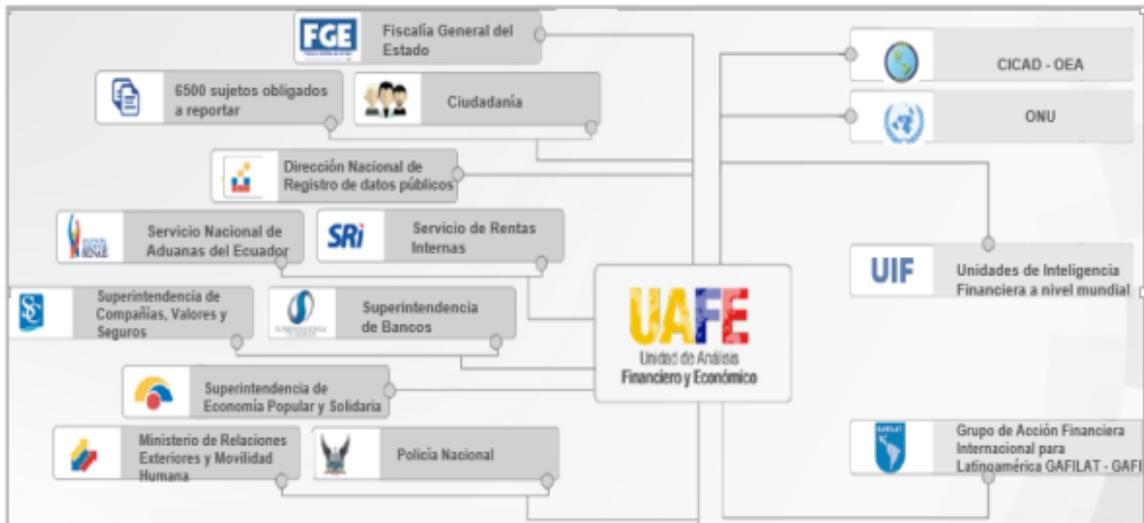
Esquema según y transacciones entre los acusados y varias instituciones el cual la UAF establece las relaciones



Fuente: UAF

Elaboración: UAF 2015

Imagen 2
Grupos de interés



Fuente: UAFE

Elaboración: Coordinación Técnica de Prevención, Análisis de Operaciones y Seguridad de la Información

Imagen 3

Extracto de Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas ROII N°2015-041

-3-1611



República del Ecuador

Unidad de Análisis Financiero



U.A.F.
Unidad de Análisis Financiero

Memorando Nro. UAF-DAO-2015-094
Quito, D.M., 03 de Diciembre de 2015

PARA: Dr. Byron Valarezo Olmedo
DIRECTOR GENERAL

DE: Econ. Patricio Chamorro Jiménez
DIRECTOR DE ANÁLISIS DE OPERACIONES

ASUNTO: ENTREGA ROII 2015-041

Me permito a través de este medio, entregar de manera impresa el Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas ROII No. 2015-041, constante de 39 fojas útiles, el mismo que fue revisado y aprobado por el Comité de Análisis con acta 2015-043 de fecha 02 de diciembre de 2015.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines pertinentes

Atentamente,



Econ. Patricio Chamorro J.
DIRECTOR DE ANÁLISIS DE OPERACIONES



UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO
U.A.F.
Unidad de Análisis Financiero
CONSEJO NACIONAL COMISIÓN EJECUTIVA DE ACTIVOS



U.A.F. UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO
DIRECCIÓN GENERAL
03 DIC. 2015 11:02
HORA
FIRMA: 

**ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL
LO CERTIFICO**



U.A.F.
Unidad de Análisis Financiero
CONSEJO NACIONAL COMISIÓN EJECUTIVA DE ACTIVOS



Fuente: UAFE

Elaboración: Unidad de Análisis Financiero 2015

Imagen 4

Extracto de Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas ROII N°2015-041

1. El señor CHIRIBOGA ACOSTA LUIS GUSTAVO, como actividad económica registra la organización de espectáculos públicos y conforme a la información remitida por la compañía TICKETSHOW S.A., se ha podido evidenciar la realización de varios espectáculos públicos con presentaciones de artistas internacionales de renombre; resultado de esta actividad entre los años 2010 al 2014 generó ingresos por USD. 5.228.509,79⁴⁹. Sin embargo únicamente por pago de artistas refleja egresos por USD. 410.000,00, cantidad que no tendría relación con los costos que originaría la contratación de artistas de ese nivel.
2. Entre los años 2010 al 2015 TICKETSHOW S.A., transfiere USD. 3.926.417,08, al señor CHIRIBOGA ACOSTA LUIS GUSTAVO; de este valor y según información proporcionada por la compañía únicamente han podido justificar el envío de transferencias por un valor total de USD. 3.433.212,68, desconociéndose la motivación de los restantes USD. 493.204,40. Es importante mencionar que la compañía TICKETSHOW S.A., es la encargada de emitir y vender las entradas de los partidos que disputa la Selección Nacional en el Ecuador.
3. Además en los años 2011, 2013 y 2014 la compañía TICKETSHOW S.A. realiza transferencias a las cuentas de personas naturales y jurídicas vinculadas con el señor CHIRIBOGA ACOSTA LUIS GUSTAVO entre ellos su cónyuge MERINO GÓMEZ DE LA TORRE GRACE, SERVITRON S.A., compañía en la que es accionista y Gerente General así como también el señor VALVERDE GARCÍA WISTON HERNÁN, empleado de la FEF por un valor total de USD. 184.551,00.
4. El 23 de septiembre de 2014, el tesorero de la CONMEBOL, Carlos Chávez quien en la actualidad se encuentra detenido afrontando los cargos de Organización Criminal, Legitimación de Ganancias Ilícitas, Uso Indevido de Influencias, Beneficios en Razón del Cargo, Delitos Tributarios y estafa con la Agravante de Víctimas Múltiples, reveló que el sueldo de todos los presidentes de las federaciones nacionales que pertenecen a dicha institución, es de USD. 120.000,00 dólares anuales. En base a la información proporcionada por la UAF de Panamá, país donde el principal reportado mantiene una cuenta corriente, se ha podido determinar que el valor que recibió por parte del mencionado Organismo Internacional en el año 2014 fue de USD. 240.000,00, siendo este valor el doble de lo que se dio a conocer públicamente.

Es importante mencionar que en los años 2010, 2012 y 2013 recibe de la CONMEBOL transferencias que suman USD. 285.950,00 en sus cuentas que mantiene en el sistema financiero nacional; cabe destacar que estos ingresos no se registraron en sus declaraciones de impuesto a la renta en lo referente a ingresos obtenidos en el exterior.

Fuente: UAFE

Elaboración: Unidad de Análisis Financiero 2015

Imagen 5

Extracto de Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas ROII N°2015-041

5. Se ha podido identificar que el señor CHIRIBOGA ACOSTA LUIS GUSTAVO, es titular de una cuenta corriente en el banco BANISI S.A., en Panamá, de la mencionada cuenta transfiere en los años 2014 y 2015 a su cuenta personal del Banco Guayaquil S.A., y a la cuenta de la compañía SERVITRON S.A., USD. 253.705,00; los ingresos de la cuenta del banco BANISI S.A., provienen exclusivamente de la CONMEBOL, quienes depositan USD. 40.000,00 bimensuales por concepto de gastos de representación.
6. Con fecha 10 de mayo de 2013 la FEF celebra un contrato de auspicio con el Banco de Guayaquil S.A., posteriormente en los meses de mayo y julio del mismo año, los señores CHIRIBOGA ACOSTA LUIS GUSTAVO y LUNA LALAMA EDMUNDO VINICIO respectivamente, inician relaciones comerciales con la institución financiera.
7. El señor LUNA LALAMA EDMUNDO VINICIO, entre los años 2010 al 2014 en sus declaraciones de impuesto a la renta registra ingresos por un valor total de USD. 507.411,12, estos valores declarados serian inferiores a los registrados en facturas emitidas más ingresos por relación de dependencia que alcanzan un valor total de USD. 699.896,73; se observa que USD. 192.485,61 no serian declarados, e incurriría en lo contemplado en el artículo 298 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral 15.
8. Entre los años 2010 al 2015 la FEF gira a favor del señor LUNA LALAMA EDMUNDO VINICIO cheques por un valor de USD. 2.448.648,13, sin que exista una razón que justifique estas transacciones. Posteriormente el señor LUNA LALAMA EDMUNDO VINICIO gira cheques a nombre de varias personas que trabajan bajo relación de dependencia con la FEF, dichos cheques en su mayoría son cobrados por ventanilla en efectivo.

Si la FEF por necesidad institucional requiriera de efectivo lo razonable sería que gire directamente los cheques a nombre de algún empleado de la institución y no realice la triangulación de dinero que hizo con el señor LUNA.
9. Entre el 20 de marzo de 2006 y el 20 de marzo de 2007, tiempo en el cual el señor LUNA LALAMA EDMUNDO VINICIO purga una condena por tentativa de tráfico ilegal de personas, recibe cheques de parte de la FEF por USD. 56.120,57, en el presente informe no se ha podido establecer motivo alguno para que estos pagos se efectúen en ese periodo.

Además, el señor LUNA LALAMA EDMUNDO VINICIO, se reintegra a trabajar para la FEF, en el año 2011 desempeñando el cargo de Director de Logística por esta función no recibe remuneración, sin embargo factura a la FEF en los años 2011,2012 y 2013 un valor total de USD. 262.413,68.
10. El señor ACOSTA ESPINOSA FRANCISCO JAVIER, no realiza sus declaraciones de impuesto a la renta en los años 2010 y 2012, a pesar

Fuente: UAFE

Elaboración: Unidad de Análisis Financiero 2015

Imagen 5

Extracto de Reporte de Operaciones Inusuales e Injustificadas ROII N°2015-041

que registra ingresos en sus cuentas, y haber recibido sueldos por relación de dependencia, sus ingresos registrados en los estados de cuenta, no guardarían relación respecto a ingresos declarados por impuesto a la renta.

11. El señor ACOSTA ESPINOSA FRANCISCO JAVIER, registra ingresos por un valor de USD 136.000,00 por concepto de transferencias recibidas, las cuales provienen de su cuenta bancaria del exterior, consecuentemente y casi de inmediato retira estos valores en efectivo.
12. El señor ACOSTA ESPINOSA FRANCISCO JAVIER, registra 51 transacciones inmobiliarias en las que él figura como vendedor, los precios extraídos de las escrituras de venta son valores ínfimos en comparación a los valores que realmente tendrían estos inmuebles, debido que se trata de la venta de casas y departamentos ubicados en el Cantón Rumiñahui.

Tampoco se ha podido evidenciar el pago que el señor ACOSTA ESPINOSA FRANCISCO JAVIER recibió por las ventas de los inmuebles ingresó en el sistema financiero nacional.

13. Según las autoridades del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, los presidentes de las asociaciones que conforman la CONMEBOL, entre ellos CHIRIBOGA ACOSTA LUIS GUSTAVO, Presidente de la FEF, habrían recibido USD. 1.500.000,00 cada uno, este dinero se habría recibido como sobornos por contratos de derechos de televisión de cuatro ediciones de la Copa América.

De manera inmediata el presidente de la FEF mostró un documento de transferencia recibida con fecha 18 de mayo de 2015 por USD. 1.500.000,00, misma que correspondería a un adelanto por parte de la CONMEBOL por la participación en la Copa América Chile, que se realizó en junio de 2015. Sin embargo es importante recalcar que la denuncia de la Fiscal de Estados Unidos, Loretta Lynch, hace referencia a coimas que fueron pactadas y pagadas en el 2013.

Además es necesario mencionar que según la acusación de la Fiscal de Estados Unidos, Loretta Lynch, los pagos por sobornos fueron transferidos de cuentas bancarias en Suiza controladas por DATISA a cuentas bancarias personales de los presidentes de las asociaciones afiliadas a la CONMEBOL en todo el mundo, incluyendo cuentas en Estados Unidos.

Fuente: UAFE

Elaboración: Unidad de Análisis Financiero 2015

Imagen 5

Acciones de las entidades de control



Fuente: UAFE

Elaboración: Unidad de análisis financiero y económico 2016

