

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

“ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN ANÁLISIS IUS
ECONOMICO DEL ARTÍCULO 317 DEL COIP”

BETANCOURT PINTO WERNER WILLIAM
DIRECTOR: DR. RUBÉN MÉNDEZ REATEGUI

QUITO, 2020

DEDICATORIA. -

A Sant Sadhu Ram Ji (Dios todo poderoso), por bendecirme, cuidarme y guiar mi camino.

A mis padres y hermanos que diariamente han sido mi inspiración, quienes con apoyo y cariño incondicional me han motivado a alcanzar todo mis sueños y anhelos.

AGRADECIMIENTO. -

A mis padres Werner Jacob y Alexandra de las Mercedes quienes, con su trabajo, perseverancia, dedicación y ejemplo, supieron forjar las bases de mi vida.

A mis hermanos Diana, Gabriel y Celeste, por enseñarme a disfrutar de los detalles que posee la vida; por ser mi guía y ejemplo a seguir.

Al Dr. Rubén Méndez Reategui por brindarme su ayuda, apoyo y dedicación a lo largo del desarrollo de la disertación.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a la Facultad de Jurisprudencia y a mis maestros, por abrirme sus puertas hace 4 años, por la enseñanza y conocimientos proporcionados.

A mis compañeros y amigos, principalmente a Jazmín, Mikaela y Rocío, quienes con su amistad contribuyeron a que mi etapa universitaria sea inolvidable.

Catálogo de siglas y abreviaturas

AED: Análisis Económico del Derecho

CNJ: Corte Nacional de Justicia

COIP: Código Orgánico Integral Penal

COGEP: Código Orgánico General de Procesos

COIP: Código Orgánico Integral Penal

CRE: Constitución de la República del Ecuador

UAFE: Unidad de Análisis Financiero y Económico

FGE: Fiscalía General del Estado

OEA: Organización de Estados Americanos

CICAD: Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas

ONU: Organización de Naciones Unidas

AML: *Anti-money Laundering* “prevención de blanqueo de capitales”

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| DEDICATORIA. - | II |
| AGRADECIMIENTO. -..... | III |
| Catálogo de siglas y abreviaturas | IV |
| Índice de Diagramas y Figuras: | 8 |
| Índice de tablas: | 8 |
| Índice de gráficos | 9 |
| INTRODUCCIÓN | 10 |
| CAPÍTULO I..... | 15 |
| 1.DERECHO PENAL ECONÓMICO Y CONDUCTA: POSTULADOS INICIALES | 15 |
| 1.1. Análisis Económico del Derecho (AED) | 16 |
| 1.2. Aproximación económica al derecho..... | 18 |
| 1.2.1. Conceptos claves..... | 18 |
| 1.2.2. El AED positivo | 19 |
| 1.2.3. El AED normativo..... | 23 |
| 1.2.3.1. Eficiencia..... | 23 |
| 1.2.3.2. Análisis Costo-Beneficio..... | 25 |
| 1.3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL | 27 |
| 1.3.1. AED positivo: la decisión de delinquir en Derecho Penal | 29 |
| 1.3.1.1. Costo - beneficio del delito y el impacto disuasorio de la pena ¿el castigo disuade? 32 | |
| 1.3.1.2. Características delictivas que se manifiestan en la elección de delinquir | 36 |
| 1.3.2. AED normativo del Derecho Penal | 37 |
| 1.3.3. La pena ideal: privación de la libertad vs imposición de multa..... | 38 |
| 1.4. Prevención de los Delitos Económico – AED de la Política Criminal..... | 41 |
| 1.5. Análisis de la política criminal | 43 |
| CAPÍTULO II | 46 |
| 2.ANALISIS COSTO – BENEFICIO DEL LAVADO DE ACTIVOS SEGÚN LA DOCTRINA | 46 |
| 2.1.1. Concepto | 46 |
| 2.1.2. Conceptos asociados al lavado de capitales | 52 |
| 2.1.2.1. El lavado de capitales entendido como un proceso | 52 |
| 2.1.2.2. Objeto del lavado de activos | 54 |
| 2.2. Características contemporáneas del lavado de activos | 55 |
| 2.2.1. Dimensiones del lavado de activos | 57 |
| 2.2.2. El lavado de activos como proceso | 59 |
| 2.2.2.1. Colocación / introducción | 60 |
| 2.2.2.2. Transformación / estratificación | 61 |

| | |
|---|------------|
| 2.2.2.3. Integración / inversión | 61 |
| 2.2.3. Técnicas más utilizadas para el lavado de activos | 63 |
| 2.2.3.1. Entidades financieras tradicionales | 64 |
| 2.2.3.2. Entidades financieras no tradicionales | 64 |
| 2.2.3.3. Comercio, servicios, mezcla de fondos lícitos con ilícitos | 65 |
| 2.2.3.4. Compra de bienes de gran valor e inmobiliario | 66 |
| 2.2.3.5. Traslado de dinero en efectivo..... | 66 |
| 2.3. COSTES SOCIALES DEL LAVADO DE ACTIVOS..... | 67 |
| 2.3.1. Análisis de los costes y beneficios del lavado de activos entendido como un incentivo para delinquir (efecto criminológico) | 68 |
| 2.3.2. Efectos lesivos económicos..... | 70 |
| CAPÍTULO III..... | 72 |
| 3. ANALISIS POSITIVO Y NORMATIVO DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL ECUADOR..... | 72 |
| 3.1. Realidad nacional y evolución del lavado de activos..... | 72 |
| 3.1.1. Legislación internacional | 80 |
| 3.1.1.1. 1998 - Declaración de Principios de Basilea | 80 |
| 3.1.1.2. 1998 - Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas - Convención de Viena | 81 |
| 3.1.1.3. 1990 - 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional “GAFI” | 82 |
| 3.1.1.4. 1992 – Reglamento modelo CICAD el reglamento / OEA | 83 |
| 3.1.1.5. 2000 - Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada– Convención de Palermo | 84 |
| 3.1.2. Integración y evolución de la normativa..... | 85 |
| 3.2. Finalidades perseguidas por el Estado frente al lavado de activos. | 86 |
| 3.2.1. Actuación del Estado - ámbito penal | 87 |
| 3.2.2. Realidad ecuatoriana respecto del lavado de activos..... | 90 |
| 3.2.3. Justicia ecuatoriana en el contexto de lavado de activos – enfoque económico | 93 |
| 3.3. AED tradicional y ponderación costo-beneficio del delincuente en el contexto ecuatoriano | 99 |
| 3.3.1. Beneficios concebidos por el potencial delincuente..... | 100 |
| 3.3.2. Costes concebidos por el delincuente a partir de la norma | 101 |
| 3.3.2.1. Costes de la norma medidos en unidades de tiempo | 103 |
| 3.3.2.2. Costes de la norma medidos en valoraciones monetarias..... | 106 |
| CAPÍTULO IV..... | 114 |
| 4. Consideraciones a partir del Design Thinking..... | 114 |
| 4.1. Design Thinking | 114 |
| 4.1.1. Consideraciones generales sobre las Etapas <i>Design Thinking</i> | 115 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.2. Sobre las entrevistas físicas y digitales | 117 |
| 4.2. Aplicación de la Etapas del <i>Design Thinking</i> | 119 |
| 4.2.1. Empatizar | 119 |
| 4.2.2. Testeo | 135 |
| 4.2. Lavado de Activos: Consideraciones metodológicas para la no selección de precedentes judiciales | 144 |
| CAPÍTULO V | 148 |
| 5.1. Decisión de delinquir frente a los estímulos proporcionado por la norma y por el sistema de administración de justicia en el Ecuador | 148 |
| 5.2. Test de proporcionalidad | 156 |
| CONCLUSIONES..... | 160 |
| BIBLIOGRAFÍA | 163 |
| Anexos..... | 176 |
| Anexo 1. Modelo de entrevistas | 176 |
| Anexo 2. Modelo de entrevistas virtuales por Survey Monkey..... | 178 |
| Anexo 3. Entrevistas digitales realizada a expertos en derecho penal, especializados en lavado de activos..... | 182 |
| <i>Dr. Norberto Hernández Jiménez</i> | 182 |
| <i>Dr. Dino Carlos Caro Coria</i> | 192 |
| <i>Dr. Rafael Vega Llapasca</i> | 200 |
| <i>Dr. Alex Valle</i> | 210 |
| <i>Dr. J. Núñez</i> | 223 |
| Anexo 4. Informe estadístico de lavado de activos de “Fiscalía” | 233 |

Índice de Diagramas y Figuras:

Diagrama 1. Proceso Design Thinking

Figura 1: Etapas de Lavado de activos

Figura 2: Finalidad del Estado respecto del Lavado de activos.

Figura 3: Dosificación de la pena de lavado de activos

Figura 4: Aspectos para definir una jurisprudencia.

Índice de tablas:

Tabla 1: “Fiscalía General del Estado, 2016 - Número de sentencias emitidas por el delito de lavado de activos”

Tabla2: Lavado de activos; nuevas fuentes del delito

Tabla 3: Riesgo de lavado de activos - 10 principales países que mejoraron en el 2016.

Tabla 4: Riesgo de lavado de activos - Puntuaciones y clasificaciones de los países andinos.

Tabla 5: Normativa penal de activos de la CAN fundamentada en resoluciones de entidades internacionales (I).

Tabla 6: Normativa penal de activos de la CAN fundamentada en resoluciones de entidades internacionales (II).

Tabla 7: Número de sentencias emitidas por el delito de lavado de activos

Tabla 8: Desglose del historial de lavado de activos

Tabla 9: Años de experiencia en área de derecho penal

Tabla 10: Definición más exacta (precisa) de lavado de activos

Tabla 11: Factores que favorecen el lavado de activos en países de la CAN

Tabla 12: Efectividad sanción pecuniaria versus sanción privativa de la libertad

Tabla 13: Pena proporcional entre sanción pecuniaria y pena privativa de la libertad

Tabla 14: El Análisis Económico del Derecho es útil para la elaboración de normas penales

Tabla 15: Eficiencia normativa a partir de la aplicación de la normativa penal de la región

Tabla 16: Reacciones que proporcionan las normas jurídicas (países de la CAN – lavado de activos) en los potenciales infractores

Tabla 17: Distinciones más específicas entre categorías de lavado de activos

Índice de gráficos

Gráfico 1: Normativa penal de activos de la CAN fundamentada en resoluciones de entidades internacionales

Gráfico 2: Normativa penal de activos de la CAN fundamentada en resoluciones de entidades internacionales (II).

Gráfico 3: Desglose del historial de lavado de activos

Gráfico 4: Años de experiencia en área de derecho penal

Gráfico 5: Definición más exacta (precisa) de lavado de activos

Gráfico 6: Factores que favorecen el lavado de activos en países de la CAN

Gráfico 7: Efectividad sanción pecuniaria versus sanción privativa de la libertad

Gráfico 8: Pena proporcional entre sanción pecuniaria y pena privativa de la libertad

Gráfico 9: El Análisis Económico del Derecho (AED) es útil para la elaboración de normas penales

Gráfico 10: Eficiencia normativa a partir de la aplicación de la normativa penal de la región

Gráfico 11: Reacciones que proporcionan las normas jurídicas (países de la CAN – lavado de activos) en los potenciales infractores

Gráfico 12: Distinciones más específicas entre categorías de lavado de activos

INTRODUCCIÓN

El lavado de activos es considerado un problema que atenta contra el correcto funcionamiento del sistema financiero de los países, de las organizaciones regionales y mundiales. Esto se debe a la fuente u origen de estos fondos, los cuales en su generalidad son productos de actos ilícitos, catalogados como delitos (dentro de la normativa penal de cada país). De igual manera, se considera que el lavado de activos posibilita la ‘propagación’ y ‘ejecución’ de otros delitos que atentan contra la integridad y dignidad de las personas humanas (administración de la justicia, tráfico humano, tráfico de drogas, armas, prostitución, extorsión, entre otros), impidiendo que el estado cumpla su deber de cuidado y ejecute su rol de garante de los derechos, integridad y dignidad de las personas y de la sociedad.

Autores como Caparros (1998) y Montani (2014 - 2015), sostienen que el lavado de activos es un fenómeno que ha existido desde el inicio de las sociedades, desde antes que exista el dinero; otros como Uribe (2003) establecen que a partir de los siglos XVI -XVII, los piratas fueron los principales autores del lavado de dinero, mediante el robo de oro recuperado en los ataques a los buques que surcaban el Atlántico, delitos que en algunas ocasiones fueron apadrinados por gobiernos o reinados, el caso más común es el del pirata inglés Francis Drake, quien auspiciado por la reina Isabel I de Inglaterra asalto y robo a varias naves españolas y ciertos puertos, como lo describe Boyan (2015, s.p).

Sin embargo, según Boyan (20015, p. 23) la palabra “lavado” relacionada al dinero empieza a tomar relevancia para Estados Unidos durante los años XX por el fortalecimiento de las mafias, problemática de la sociedad que empezaba a ser un fenómeno visible, principalmente todo lo relacionado con Al-Capone. Esto debido a la estructura, organización y perfeccionamiento de la red utilizada para ingresar estos capitales de orígenes delictivos al sistema financiero, dejando rastros (pruebas) casi inexistentes o poco identificables porque

todo el proceso se enmascaraba tras las lavanderías que convertía dinero ilegal de prostitución, armas, alcohol, en dinero legal. Oficialmente el término “lavado de activos” utilizado judicialmente en Estados Unidos en el año 1982 tras haber “confiscado dinero supuestamente blanqueado procedente de cocaína colombiana” (Boyan, 2015, p.75).

Con el surgimiento del narcotráfico y otro tipo de delitos (cibernéticos, digitales, bancarios, entre otros), los métodos y técnicas utilizadas fueron perfeccionándose. En el mundo contemporáneo, la creación de pequeñas empresas ya no son el punto central del lavado de activos porque tanto las empresas multinacionales, así como las tiendas de barrio (pequeñas) poseen las mismas características y posibilidades para lavar dinero, con diferencias como: la magnitud del giro del negocio, frecuencia con la que ingresan estos capitales, tiempo de transición del lavado de activos, entre otras características. La tecnología juega un rol esencial en el cometimiento y la ejecución de este tipo penal, las transacciones interbancarias, la facilidad con la que las personas pueden mover capitales entre distintas naciones, distintos bancos, trasladarlos a paraísos fiscales, dificulta el rastreo de los orígenes y traslado de esos capitales.

Es así como, el blanqueo de capitales presupone una dificultad elevada para quienes lo estudian, debido a los constantes cambios y adaptaciones en los procesos de ejecución y cometimiento, aspectos que siempre han llamado mi atención y me ha generado gran cantidad de dudas, principalmente enfocadas a la eficiencia de la normativa que los combate. Sin embargo, al revisar libros de derecho penal sobre el lavado de activos (denominado en varias fuentes como blanqueo de capitales), en su generalidad versan sobre sus teorías, los mecanismos de ejecución, la dificultad de su estudio y, principalmente, realizan una interpretación de la legislación del país (en nuestro caso del Ecuador), pero existen escasos

estudios en el Ecuador acerca de la política criminal a partir del “análisis económico del derecho”.

En línea con las ideas expuestas y a partir de los postulados del Análisis Económico del Derecho (AED), el objetivo principal de esta disertación es determinar teóricamente si el Art. 317 del COIP cumple un rol disuasivo eficiente u óptimo en los potenciales agentes (‘delincuentes’) que incurrirían en este tipo penal. En ese sentido, se determinó la panorámica jurídico-económica del lavado de activos en el Ecuador.

Por lo tanto, como objetivos específicos, la disertación persigue, primero, revisar el artículo 317 del COIP a partir de los postulados teóricos del análisis económico del derecho; evaluar el sistema normativo penal de prevención y castigo desde la criminalidad del lavado de activos recurriendo al análisis calidad/mejora regulatoria, enfocándose principalmente en el análisis costo–beneficio; definir el tratamiento de un aspecto central como la ‘eficiencia’ (entendida como contexto o escenario de asignación de ‘recursos’ a sus más valiosos, urgentes o necesarios) por parte del artículo y su aplicación a partir del análisis de aplicación de las penas a través del AED y la psicología de modificación de la conducta.

Se utilizará el término eficiencia con relación a la exigencia de cooperación intersubjetiva y/o niveles de intervención estatal, para combatir el lavado de activos, centrándose específicamente en el órgano administrativo de justicia (desempeño -transversal- de los operadores jurídicos).

En el primer capítulo, se desarrollan algunos de los postulados más relevantes del Análisis Económico del Derecho (AED) y la conducta. Se explica la importancia y contribuciones que brinda este método para el estudio del derecho, haciendo énfasis principalmente en el derecho penal. De esta manera se explicará las características de este

método, su aplicación como herramienta para medir el costo y beneficio de la aplicación de la ley y la conducta del delincuente.

El segundo capítulo desarrolla el análisis costo-beneficio del lavado de activos según algunas consideraciones de la doctrina jurídico-económica especializada, partiendo desde la definición, el objeto y características de este delito, así como también las formas de cometimiento y los costos sociales por el cometimiento de este delito, pudiendo identificar el efecto criminológico y la racionalidad económica del delincuente.

El tercer capítulo realiza una descripción de la realidad del Ecuador frente al lavado de activos, donde estudia el artículo 317 y aspectos coligados a partir del análisis costo-beneficio y la relación con la psicología de la modificación de la conducta, logrando considerar la eficiencia de la aplicación de la pena estipulada en este artículo a partir de la realidad ecuatoriana.

El cuarto capítulo, en su primera parte, se enfoca en el *design thinking* como el método utilizado para recabar información acerca de las necesidades y aspectos esenciales de la normativa penal ecuatoriana frente a la realidad del país. La segunda parte introduce los criterios de selección de jurisprudencia y explica que los dos procesos mencionados han servido de modo de ejemplo para comprender la variable/cambiante aplicación de la norma en el sistema de administración de justicia sin la debida motivación. En aplicación de los criterios de selección establecidos no se ha podido identificar jurisprudencia relevante porque la existente no cumplen con: garantizar la independencia de los jueces; no sufre ausencia, vacíos o imprecisión de las normas; no representa solidez o predictibilidad del sistema de justicia; no sigue una línea jurisprudencial argumentativa clara; y no blindo al aparato de justicia de los otros poderes del estado o de la influencia política externa, por ende, de la ‘aparición’ de corrupción o influencia en la decisión de los jueces.

El quinto capítulo abarca el análisis de la “realidad ecuatoriana”, centrándose en el aspecto de lucha que realiza el Estado ecuatoriano respecto del lavado de activos. Indicado que la problemática se presenta primordialmente en la aplicación de penas por parte de los jueces, producto del poco entendimiento del articulado, sus alcances y la posibilidad de plantear medidas alternativas a la pena privativa de la libertad. Se parte de la creencia (a modo de postulado *a priori*) de que es posible atacar con mayor fuerza y eficiencia/efectividad el lavado de activos, a través de mecanismos que involucran restricciones de derechos y facultades económicas desde una perspectiva de ‘comando y control’.

Las conclusiones resumen la contribución de esta investigación, la bibliografía ordenada alfabéticamente expone la revisión de literatura específica que fundamentó teórica y conceptualmente este estudio y finalmente, en los anexos, principalmente en las entrevistas se puede encontrar los problemas identificados por parte de los expertos respecto del sistema de administración de justicia.

CAPÍTULO I

1. DERECHO PENAL ECONÓMICO Y CONDUCTA: POSTULADOS INICIALES

El lavado de activos es un problema social de índole mundial, presente en la sociedad ecuatoriana. Atenta contra el correcto funcionamiento del sistema financiero nacional y es considerado la pantalla perfecta para encubrir otras actividades delictivas, por lo cual, el legislador lo ha tipificado como un tipo penal dentro del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), sancionando su ejecución y buscando disminuir y erradicar este delito.

El tema de estudio de este trabajo se centra en la estructuración de la norma y la influencia que esta tiene en la conducta del hombre al momento de tomar decisiones, porque interpreta las posibilidades y los estímulos, estableciendo los costos y beneficios que genera cada acción ejecutada, como se explicará en líneas posteriores. El análisis económico del derecho (en adelante AED) tradicional permite identificar la influencia y las consecuencias que generará una norma, en específico el artículo 317 del COIP, en el pensamiento del individuo y de la sociedad.

A partir de los postulados del AED tradicional y el análisis calidad/mejora, se pretende determinar si la estructura del artículo 317 del COIP cumple un rol disuasivo en los individuos que concurren en el tipo penal de lavado de activos. Para ello, a partir de estos postulados, se revisará el artículo para evaluar el sistema normativo penal de prevención y castigo desde la criminalidad de lavado de activos, pretendiendo proponer mejoras al articulado actual del lavado de activos.

1.1. Análisis Económico del Derecho (AED)

El análisis económico del derecho (AED) surge formalmente en el siglo pasado, por lo que es considerado como una de las ramas más jóvenes del derecho. Posner (2003) señala que el movimiento del AED surge entre 1958 y 1973, años de publicación del *Journal of Law and Economics* y del *Economic Analysis of Law*, obras que avalaron la existencia oficial de este movimiento. Sin embargo, Posner precisa que el AED tuvo una fuerte influencia y se desarrolló gracias al trabajo de autores de antaño como son Bentham, David Hume y hasta el mismo Hobbes, durante la discusión sobre la propiedad en el siglo XVII.

En sus inicios, el AED tuvo una fuerte incidencia en el derecho de competencia y el relacionado con la correcta distribución de los servicios públicos; con el pasar del tiempo, el AED llegó a aplicarse en materia de obligaciones y responsabilidad contractual, hasta que, en “1968 Gary Becker publicó su artículo sobre el crimen, reviviendo y refinando a Bentham, empezó a parecer que quizás ningún campo del derecho podría evitar situarse bajo el lente de la economía...” (Posner, 2003; pp. 38).

Es así como Parisi (2010) determina que el primer grupo de doctrinarios del AED centró su objetivo en estudiar y recabar datos respecto de la influencia y efectos de la norma jurídica en el funcionamiento del sistema económico, en otras palabras, analizar el impacto de las leyes en el equilibrio de lo que se había determinado como mercado. En cambio, la segunda generación modificó su estudio y enfocó el AED en mejorar la comprensión del sistema jurídico, para lo cual insertó, poco a poco, técnicas como “la teoría de juegos, la teoría de las señales en el mercado y el análisis económico del comportamiento irracional” (Posner, 2003, pp. 39), teorías que hasta el día de hoy son utilizadas para generar una proyección de los efectos que tendrá la aplicación de una norma en la sociedad; aspecto que en el Ecuador, en materia

penal y principalmente en razón del lavado de activos, ha sido escasa o inexistente por su desconocimiento.

Gradualmente, el AED empezó a tener relevancia e injerencia en otras ramas del derecho. Esto, gracias al estudio realizado por las distintas ramas del derecho y los distintos sistemas jurídicos a partir del AED, lo que determinó que todo sistema legal posea una estructura económica, “desde sus orígenes y evolución hasta sus reglas sustanciales, procesales y constitucionales” (Parisi, 2010, p.18). De esta manera, se estableció la existencia de un nexo entre el análisis económico y el jurídico, entre la aplicación de la Economía y sus métodos en relación con el comportamiento no gobernado por el mercado monetario, únicamente. Poco a poco se demostró que su injerencia era indiscutible hasta dentro de los temas penales como el análisis de la vida, la afectación de los distintos derechos, la forma de pensar del delincuente a partir de la lógica de Hobbes y, porque no, la concepción del delincuente ocasional o habitual que practica el lavado de activos.

Con estos antecedentes, se concibe el AED como un sistema bajo el cual se trazan “las consecuencias que derivan de asumir que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales” (Posner, 2003, p. 40), enfocándose principalmente en las actuaciones de la persona enmarcadas en el ámbito de relevancia o interés del derecho. Así mismo, Posner especifica que el derecho y el AED conciben el proceso racional o la racionalidad como la facultad de tomar decisiones por parte de la persona en momentos de incertidumbre, la cual en ciertas ocasiones puede ser profunda.

Se establece que el derecho económico centra su estudio en el artículo 317 del COIP como un sistema de trabajo y enmarca al AED como una herramienta analítica que valora de manera crítica este artículo en el caso específico. El estudio de normas bajo la visión clásica de esta herramienta concibe a la persona como un ser racional que busca maximizar los beneficios

de su actuar, por ende, el Derecho se concibe como el medio legal adecuado para cambiar el precio relativo de las acciones de la persona. En consecuencia, al modificar la estructura de la norma o regla legal, se afecta el comportamiento de la persona, porque se modifica el precio de la situación y consecuentemente las alternativas.

Parisi señala que la persona, por naturaleza, es un ser maximizador racional, el cual generalmente responde de manera racional a los cambios, que se denominan limitaciones exógenas. Un claro ejemplo son las leyes porque vendrían a ser “limitaciones o factores externos, respecto de los cuales la persona no tiene el más mínimo poder de decisión o poder de cambio de manera individual, las cuales no dependen de él, porque no puede controlar el efecto que estas presentan·.

Partiendo de los postulados anteriores, se concibe al art. 317 del COIP como una ley que proporciona estímulos (económicos y no económicos) a la persona, los cuales pueden ser positivos o negativos, dependiendo de la manera en que estos se estructuren. Estos estímulos, enfocados desde la estructura del artículo, pretenden direccionar el comportamiento y la toma de decisiones de la persona, a partir de la influencia que ejerce en relación de la valoración que realiza la persona, de las consecuencias de su actuar, desde la racionalidad económica. Esta racionalidad concibe que el actuar de las personas se direcciona y ejecuta en función de lo que le genere un mayor beneficio para ella y consecuentemente le genere el menor costo posible. Por ende, a partir del artículo 317 del COIP el legislador tiene que concebir todas las opciones que posee sobre la mesa, saber direccionarlas y canalizarlas de tal manera que los costos percibidos por el delincuente sean mayores que los beneficios a obtenerse.

1.2.Aproximación económica al derecho

1.2.1. Conceptos claves

Para entender de mejor manera el objetivo de esta disertación es importante mantener una concepción clara de la función y utilidad del AED. Para ello, es indispensable presentar una definición de economía que no centre su estudio en el objeto (producción, distribución, consumo de bienes y servicios, dinero) sino en el método, como lo estipula Lionel Robbins, quién define a la economía como “la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos” (citado por Ortiz de Urbina, 2006, p. 324).

Desde esta concepción es posible analizar las recomendaciones realizadas por el GAFI respecto de Latinoamérica en el año 2012, y en base a ellas intentar generar una ley que no prediga los fenómenos de conducta descritos por ese informe y que se pretenda explicar la elección económica racional que genere el hombre como un *homo economicus*. Es preciso recalcar, como lo menciona Ortiz De Urbina, que los métodos económicos utilizados para tomar decisiones, estudiar las oportunidades y direccionar su actuar son primitivos, pues en el mejor escenario el actor identificar los beneficios y costos en base a estímulos que dependerán del medio, el grado de educación y el interés al riesgo que se genere en el momento.

A partir de lo antes mencionado, se concibe que el artículo 317 es esa legislación, norma o institución jurídica, que le proporciona estímulos a la persona, y en base de las cuales el AED buscará establecer los efectos que genere la implantación de una institución específica y consecuentemente establecer la eficiencia de estas en la sociedad; así se determinará la primera como análisis positivo del derecho y la segunda como análisis normativo del derecho.

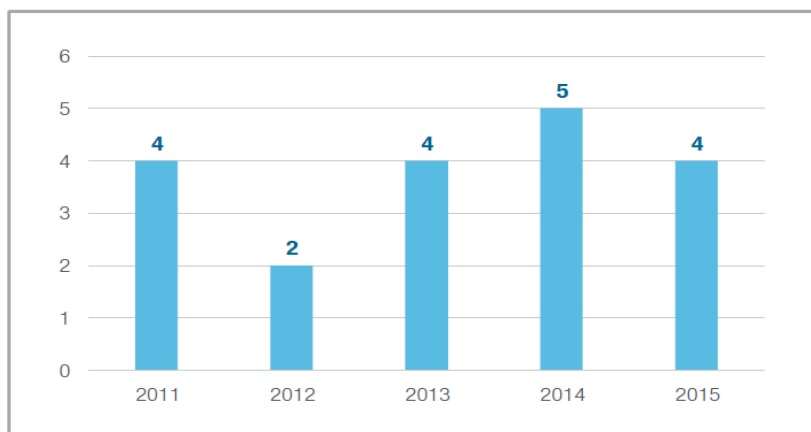
1.2.2. El AED positivo

El análisis económico del derecho positivo fue desarrollado por la escuela de Chicago. Parisi explica que las reglas del *common law* poseen una ventaja comparativa frente a la legislación, porque las primeras presentan una tarea de selección evolutiva a través de

decisiones jurisprudenciales, mientras que las otras permanecerán en el tiempo hasta que sean modificadas o derogadas por el legislativo, como es el caso del artículo 317 del COIP; aunque existe la posibilidad de analizar estas reglas debido a su permanencia y aplicación en el entorno.

Por otro lado, Pastor señala que el AED positivo concibe dos premisas importantes. La primera establece que todo individuo es racional y por ende busca maximizar su bienestar direccionando sus actitudes y acciones preferentemente hacia lo que represente una mayor satisfacción para él y lo que genere el menor costo posible. La segunda premisa establece que toda norma legal emana, altera y estimula los incentivos del medio social captado por el hombre, en tal virtud estas alteran o influyen en el actuar individual del hombre.

En base a lo descrito en el párrafo anterior y siguiendo el pensamiento de Rowley, es viable determinar que desde el AED positivo se puede “identificar y cuantificar los efectos de la ley sobre la base de las variables medibles” (Bermejo, 2009 p.15). En relación con el presente proyecto de investigación, es factible que el artículo 317 del COIP, que trata el lavado de activos, desde su creación, aplicación, condena y ejecución genere un incentivo disuasivo respecto de la práctica de esa conducta, puesto que pretende incrementar el costo sobre el beneficio a recibir por realizar esa actividad y disminuir la cantidad del cometimiento de este delito; o eso es lo que se espera con la aplicación del COIP, hecho que no necesariamente es demostrable en tablas estadísticas, debido a que al ser uno de los delitos con mayor preparación se vuelve complejo identificar el número total de casos existentes; sin embargo, es posible establecer un estimado y, más que todo, el rango de acción.

Tabla 1: “Fiscalía General del Estado, 2016 - Número de sentencias emitidas por el delito de lavado de activos”

Fuente: De la Torre, 2017, p. 10.
Elaboración FGE, 2017.

Desde el enfoque de la elección racional, en la racionalidad de un individuo se concibe o identifica elementos que se relacionan entre sí de la siguiente manera:

“a) el conjunto formado por los posibles cursos de actuación, denominado “conjunto de oportunidad;

b) el conjunto formado por las creencias racionales sobre los resultados a los que llevan los distintos cursos de acción;

c) una ordenación, conforme a los deseos/preferencias del sujeto, de los resultados a los que conduce cada curso de actuación (cada elemento del conjunto de oportunidad ‘a’);

d) actuar racionalmente consiste en maximizar el conjunto de oportunidades; es decir, escoger el curso de acción del conjunto de oportunidad que esté situado más alto en la ordenación ‘c’ del párrafo anterior” (Bermejo, 2009, p.17).

La racionalidad por sí sola no es importante y mucho menos genera un proceso racional. Esta se fundamenta y practica desde el enfoque de la elección racional, es ahí cuando se posibilita y mejora el proceso de raciocinio. Sin embargo, el proceso racional también depende de la importancia y orden de preferencia que las personas otorguen al problema; conjuntamente, empieza a nacer lo que se conoce como la maximización de la concepción de bienestar, descrita por Becker, donde se hace referencia a la valoración de ganancia personal concebida por el hombre.

La valoración de bienestar analizada por el hombre no es únicamente personal, en varias ocasiones depende de la aceptación o rechazo que la sociedad o un grupo de personas le otorgan a una acción o comportamiento específico, haciendo alusión conjuntamente a la concepción de aceptación y bienestar de la sociedad. Partiendo de este punto, surge la interrogante de si el hombre puede tomar libremente sus decisiones cuando se encuentra atado a una aceptación de la sociedad o si este actúa únicamente por instinto y de manera irracional.

Así, la sociedad ecuatoriana tendría cierto perjuicio respecto de ciertas características o rasgos propios de una persona, el cual es mucho más fuerte cuando se relaciona a ciertas profesiones u ocupaciones. Dentro del aspecto delictivo, consideramos que funciona de la misma manera: la sociedad mira con malos ojos al ladrón de calle, aquel que, si bien roba o hurta objetos a diario, será un valor menor al que lo hacen políticos, gerentes de empresas o dueños de empresas que roban en un momento en una empresa. Menciono esto porque, si bien el lavado de activos es un delito, la sociedad seguramente lo ve menos reprochable y malo que los delitos con los que se encuentra a diario en la calle. La incógnita es cómo la sociedad ecuatoriana direcciona, disculpa e incentiva a que se propaguen y justifiquen principalmente aquellos delitos cometidos por los denominados *ladrones de cuello blanco*, por su nivel de preparación y buena presentación ante la sociedad.

Al hablar de las teorías de la racionalidad instrumental, Bonatti (2019, s.p.) cita a Kahnemann (2012, s.p.), quien establece que el ser humano no es un ser completamente racional o irracional, sino que el hombre posee una racionalidad limitada, definido como la respuesta que tiene el hombre sobre las oportunidades y la satisfacción generada de sus decisiones. Respecto del presente proyecto de investigación y siguiendo la concepción de Bermejo, se establece que los delitos económicos, el crimen organizado y los delitos relacionados con la empresa en su gran mayoría presentan fuertes rasgos de racionalidad en

relación con otros tipos de delitos, en los que ha imperado la inexistencia o ínfima capacidad de racionalización.

1.2.3. El AED normativo

El análisis económico del derecho normativo tuvo gran influencia y desarrollo de la universidad de Yale, y centró su atención en la necesidad de una mayor intervención legal que tenga como objetivo principal corregir las preponderantes fallas del mercado, el cual por fines académicos en la presente investigación tiene que ser entendido como la sociedad, la sociedad comercial, el universo en el cual se publicarán y aplicarán las normas.

Ortiz de Urbina (2003) determina que el análisis normativo obtiene en los datos percibidos del AED positivo, básicamente los resultados, la aplicación, los costos generados por la aplicación de este artículo y en base a ellos pretende proponer mejoras, reformas o cambios de la estructura de la normativa, de la ley o de las instituciones jurídicas; para esto utilizará y desarrollará los métodos de “eficiencia y del análisis coste-beneficio” (p.23). Es pertinente señalar que los problemas considerados como fallas de mercado se entienden en el presente trabajo como las fallas concebidas en la estructura, la aplicación, ejecución de la pena o respecto de las entidades que la aplican, juzgados, policía, entre otros.

1.2.3.1.Eficiencia

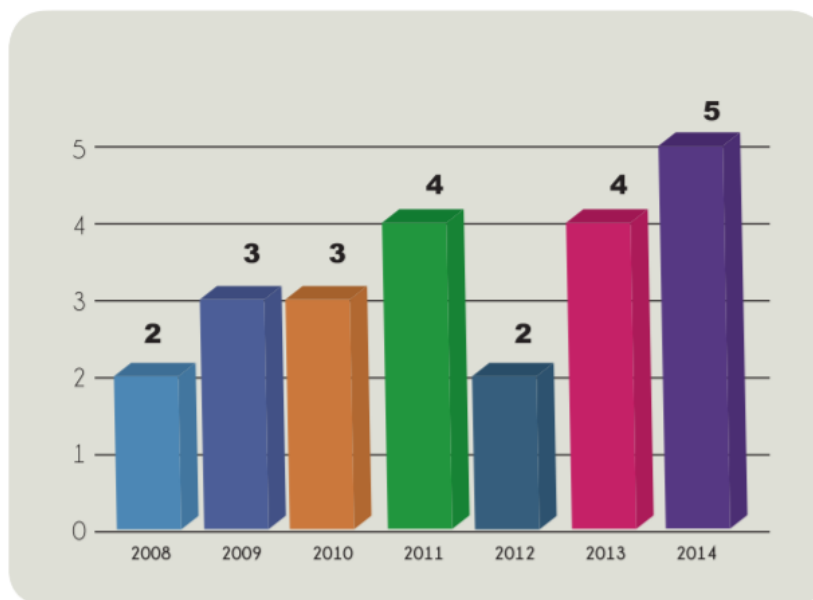
Al referirse al término eficiencia, como lo menciona Ortiz de Urbina, existen ciertos problemas. El primero se da porque existe duda respecto de si la eficiencia normativa es considerada un objetivo primordial perseguido por la sociedad o si posee una importancia similar, superior o menor que otros conceptos como la equidad. Este problema surgió hace muchos años y aún en nuestra actualidad sigue presente; no se logra definir cuál de los dos posee mayor valía o interés para la sociedad. El segundo es la variedad de significados

existentes para eficiencia; el que aplicaremos en este proyecto investigativo es el de la teoría de la eficiencia en sentido instrumental, la cual, según Ortiz de Urbina, comprende que:

se actúa eficientemente cuando a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines; es decir, se tasan los medios y se maximizan los fines (principio de maximización), o alternativamente cuando b) se obtiene uno o unos fines con el menor coste posible; es decir, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos (principio de minimización) (citado por Bermejo, 2009, p. 29).

Desde esta perspectiva, es preciso definir a la eficiencia como un instrumento bajo el cual el AED pretende determinar cuáles son los bienes sociales que presentan mayor interés para la sociedad (empleo, mayor incremento social, seguridad, la riqueza estatal), sin perder de vista que tampoco son únicos. Lo que pretende la eficiencia como instrumento es evaluar dichos objetivos sociales y establecer los medios necesarios para alcanzarlos. Estos medios pueden ir desde crear una norma que regule determinada acción, pasando por establecer una multa o en el caso de ser necesario establecer una sanción privativa de la libertad.

Respecto del problema planteado, es necesario establecer que la sociedad aspira a que el sistema financiero sea estable, motivo por el cual se busca que los fondos que ingresen en él sean de origen lícito. Desde esta perspectiva se combate el lavado de activos y por lo tanto, se medirá la eficiencia de la norma siempre y cuando se evidencie y verifique una disminución de estos delitos o exista un mayor número de procesos en los cuales se identifique que se está combatiendo este problema, como se puede evidenciar de un informe realizado por la Fiscalía General del Estado (2015).

Tabla 2: Lavado de activos: nuevas fuentes del delito y número de casos sancionados

Fuente: Fiscalía General del Estado, 2015

Elaboración Fiscalía General del Estado

1.2.3.2. Análisis Costo-Beneficio

El análisis costo - beneficio es una herramienta de análisis utilizada para evaluar los diversos tipos de proyectos o políticas públicas, que se propongan, que hayan sido utilizadas o se hayan ejecutado en algún punto de la historia. Esta técnica se ha convertido en el medio idóneo para analizar el impacto estimado que generan las políticas públicas (entendidas como leyes, normas, ordenanzas, acuerdos, decisiones de gobierno) en los distintos sectores de la sociedad como son los ciudadanos, los gobiernos, sectores productores, empresarios, criminales, entre otros, dentro de los cuales se puede identificar algún aspecto que bien ha generado un costo o un beneficio.

Es por ello por lo que se puede definir al análisis costo - beneficio como una metodología que “permite ordenar información y procesarla para apoyar los procesos de toma de decisiones” (Ortiz de Zevallos, G. y Guerra, G., 1998, p. 15). Dado que los gobiernos, por lo general se manejan con presupuesto monetario limitado para llevar a cabo los proyectos políticos o

políticas públicas, es necesario recalcar que el análisis costo - beneficio facilita la elección de las medidas que pueden ser tomadas en consideración y cuáles pueden ser tomadas de manera alterna, teniendo en consideración que persiguen un mismo objetivo y de esta manera maximizar el impacto y alcanzar el objetivo deseado.

Ortiz de Zevallos, G. señala que el análisis costo - beneficio

“es una metodología en la cual se puede incorporar una serie de criterios diversos para la evaluación de las opciones disponibles. Factores culturales o políticos pueden ser sustantivos al momento de tomar decisiones de gobierno. Por ello no debe considerarse que el ACB da respuestas tecnocráticas definitivas cuando se evalúan medidas de política relacionadas a beneficios intangibles importantes, pero tampoco se debe caer en el otro extremo, subestimar el poder del análisis del ACB” (Ortiz de Zevallos, G. y Guerra, G., 1998, p. 15).

Es factible a partir del análisis costo - beneficio determinar qué sectores son afectados con determinadas políticas públicas, los beneficios y los costos que se generarán para cada grupo o individuo que pertenezca al sector público o privado; así como identificar qué personas ganan y cuáles pierden; permitiendo cuantificar los efectos de estas ganancias y pérdidas para la sociedad y determinar si las ganancias superan a las pérdidas, para finalmente poder ejecutar esta política pública, teniendo la certeza que la política pública en su conjunto genera mayores beneficios para la sociedad porque se evita subestimar los errores más comunes como son invisibilizar o contabilizar dos veces los costos o beneficios.

Así también se ha determinado que el análisis costo - beneficio ha generado contribuciones importantes al procedimiento legislativo, porque ha aportado un lenguaje común para los debates, lo que facilita los procesos de aprobación de leyes; lo mismo con la metodología, “por indicar claramente los supuestos bajo los que realizaron los cálculos y por tener una consistencia lógica universalmente reconocida, permite el reconocimiento de las coincidencias y de las discrepancias al momento del debate parlamentario” (Ortiz de Zevallos

y Guerra, 1998, p. 21). Finalmente, el análisis costo - beneficio fortalece los procedimientos de control político del órgano legislativo, dado que por su metodología ordenada permite una mejor evaluación de los informes que rinden cuenta al órgano Ejecutivo.

El análisis costo - beneficio apoya los procesos de toma de decisiones en la medida que permite:

“(1) cuantificar los beneficios y costos que es cuantificar de un determinado proyecto; (2) señalar el orden de magnitud de los beneficios y costos incuantificables; (3) evaluar las consideraciones redistributivas que origina el proyecto (ganadores y perdedores); y (4) calcular la contribución del proyecto al cumplimiento de un objetivo de política. En este orden de ideas, el analista debería proveer a la autoridad política competente toda la información relevante para la toma de decisiones” (Ortiz de Zevallos, G. y Guerra, G. 1998, p. 21).

La aplicación del análisis costo - beneficio en el ámbito del lavado de activos, dentro del derecho penal, sirve para crear una media en la cual se evidenciarán los estímulos que proporciona la ley y hacia qué dirección orienta o direcciona al presunto delincuente, puesto que el artículo 317 del COIP establece sanciones económicas como el embargo de los activos y bienes, sanciones privativas de libertad, entre otros; de esta manera busca generar un mayor costo que beneficio a la vista de los posibles delincuentes.

1.3.ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL

“¿[...] cuántos recursos y cuántos castigos son necesarios para hacer cumplir los diferentes tipos de leyes? O, dicho de otra manera, ¿Cuántos delitos deben ser permitidos y cuántos delincuentes deben librarse del castigo?” (Gary Becker 1968 citado por Querol, 2014, p. 137).

Partiendo de esta premisa es preciso comenzar diciendo que todo delito representa un peligro para la sociedad. Aunque al ser cometido atente únicamente contra una persona o su integridad, lo que se afecta finalmente es el bienestar y correcto desarrollo de la sociedad. Es

ahí, cuando nace el Derecho Penal como parte del entorno institucional que tiene como principal objetivo el disuadir a las personas de cometer conductas lesivas que atenten contra ese bienestar social. El Derecho Penal es considerado un medio de disuasión, según Bermejo, denominado como prevención a través del castigo, porque sus efectos provienen de la amenaza que se genera hacia el sujeto desde la pena tipificada dentro de la estructura de la norma.

Bermejo, al citar a Montero y Torres, explica que existen dos ámbitos que se relacionan con la conducta delictiva que son el sistema de generación del delito y el sistema de justicia criminal. El primero hace referencia a la comunidad y sus miembros, entendiendo que desde la visión del AED el delincuente no presenta características especiales, por el contrario, el delincuente puede ser cualquier persona. Mientras que el segundo hace referencia al “conjunto de todas aquellas instituciones y agentes públicos relacionados directa o indirectamente con la aplicación de la Ley” (2009, p.45).

El conjunto de ellos estudiado por el AED respecto de la política criminal y derecho sancionador como lo establece Querol,

“consiste en un estudio de la decisión de infringir (delinquir), - es decir, un estudio sobre la persona misma del delincuente-, y sobre la forma en que esta decisión puede verse afectada por los incentivos, positivos y negativos, creados por la sociedad a través del sistema jurídico penal” (2014, p. 137).

A partir de los conceptos desarrollados anteriormente, en los puntos siguientes se desarrollará la utilidad que tiene el AED para el Derecho Penal, la política criminal y las políticas públicas que se encuentran relacionadas con la prevención, sanción y castigo del lavado de activos.

1.3.1. AED positivo: la decisión de delinquir en Derecho Penal

Partiendo de la concepción del *homo economicus* racional, explicado en líneas anteriores, se puede establecer que dentro del Derecho Penal se sigue con esta concepción. Se concibe que la persona delinque porque desde su sentido racional esta conducta maximiza su bienestar, conjuntamente los costes y limitaciones son menores a los beneficios esperados.

La creación de un tipo penal de lavado de activos, como es el caso del art. 317 del COIP, a partir de sus verbos rectores genera un desincentivo en el pensamiento racional de la persona y por ende en la ejecución de su actuar. Clarke, R., y Cornishe, D. (2014) establecen que de un modo radical se llega a hablar de una persona racional y amoral en el sentido de que no posee restricciones provenientes de la culpa y de una moralidad internalizada.

Es así como, si bien las distintas doctrinas conciben el acto delictivo desde varios puntos de vista, se ha logrado concebir que cualquier acto delictivo es cometido por un ser racional, el cual presenta ciertas limitaciones. La teoría criminológica desarrollada por Clarke, R. y Cornish, D. (citado por Bermejo, 2009, pp. 48-49), explica la elección racional del delincuente desde seis proposiciones:

1. Los delitos son actos deliberados cometidos con la intención de obtener beneficios.
2. En la persecución de estos beneficios los infractores no siempre llevan a cabo las mejores decisiones en virtud de los riesgos y la incertidumbre: los infractores poseen una racionalidad limitada.
3. Las decisiones de los infractores varían considerablemente con la naturaleza de cada delito.
4. Las decisiones de involucrarse en determinados tipos de delito (*involvement decisions*) son muy diferentes de las decisiones relativas a la comisión de un hecho delictivo en concreto (*event decisions*).
5. La decisión de involucrarse en determinados tipos de delito (*involvement decisions*) puede dividirse en tres etapas: a. iniciación: involucrarse en actividades delictivas por primera vez; b. habituación: continuar involucrado; y c. desistimiento: cesar en las actividades delictivas,

debiendo cada una de ellas ser estudiadas de forma separada porque cada una involucra variables muy diferentes

6. La decisión de cometer un hecho delictivo en concreto (*event decision*) incluye una secuencia de decisiones llevadas a cabo en cada etapa del hecho delictivo (desde la preparación hasta la ejecución y la posterior huida y agotamiento del delito).

Cada uno de los ítems anteriores se desarrollan de la siguiente manera: el primero es considerado eje, que concibe que todo actuar es realizado siempre con un propósito, el acto delictivo se encuentra dentro de este lineamiento; el propósito o recompensa puede ir desde lo más común que es obtener un monto o beneficio económico, como estar relacionado con dominios sexuales, de popularidad o cualquier otro.

El segundo punto, aborda la racionalidad limitada, Serrano, A. explica que la racionalidad del delincuente es imperfecta porque la decisión de su actuación se define y ejecuta en un espacio de tiempo por lo general breve, lo que genera riesgo e incertidumbre, porque el individuo no cuenta con la información suficiente, por lo cual estas personas no se encuentran en la capacidad plena de analizar los costos y beneficios que ocasionarían sus actos de manera plena. También se conoce que generalmente el delincuente se enfoca más en los beneficios a largo plazo de sus actos, que los costos y perjuicios que le generaría, mucho menos en tomar decisiones que eviten su detención y condena.

En otras palabras, la persona delinque porque desde su racionalidad y análisis costo - beneficio, el acto delictivo le genera un mayor beneficio.

“Esto no quiere decir que el individuo sopesa cuidadosamente las condiciones antes de la comisión, sino que el ánimo que les ha movido (consciente o inconsciente) ha sido la sensación de que cometerlo es mejor que abstenerse de hacerlo, es decir que se comportan como si hubieran ponderado tales resultados con su comportamiento” (Querol, 2014, p. 138).

El tercer punto aborda la decisión de delinquir y sus variables considerables respecto del tipo delictivo. Desde este punto se explica que existen ciertos factores que se ponderan y son

considerados variables, los cuales se presentan de distintas formas dependiendo del delito y que estos pueden ser influenciados por otros factores, los mismo que modifican la decisión de la persona. Desde este punto de vista es posible entender la teoría de Clarke que establece que la prevención del delito tiene que estar enfocada y estructurada desde la orientación pragmática y distinción fina que se realiza entre las diversas categorías de los delitos.

El cuarto postulado hace referencia a la decisión de involucrarse en el delito frente a la decisión de cometer un hecho delictivo concreto. Concibe la decisión de actuar de forma ilícita buscando un objetivo, para lo cual se evaluará las probabilidades de lograrlo, los medios necesarios para alcanzar el fin y los factores riesgosos que se tendrán que asumir durante la ejecución de los actos. Mientras que la decisión de involucrarse en el delito como lo desarrolla Bermejo encuentra tres aristas: cuando el sujeto busca delinquir para alcanzar un propósito, la de habituación, cuando ya se ha cometido el delito anteriormente y la persona tiene que decidir si continua o no y la de desistimiento, cuando la persona ha decidido dejar su actuación hasta ahí. Estos dos puntos se considera que serán influenciados por los factores descritos anteriormente, los cuales son valorados por la persona, la cual toma su decisión orientada hacia donde considere que se genera un mayor beneficio.

El quinto punto aborda las etapas y la decisión de involucrarse en el delito. Este punto se encuentra ligado directa y primordialmente con el literal anterior, cuando hace referencia a las tres posibilidades existentes referente a la decisión de involucrase en un delito. Desde nuestro de vista después de haber analizado la dogmática y doctrina pertinente es factible denotar que en los tres existe la fuerte presencia de factores de variables que se encajan dentro de aspectos como la experiencia, las necesidades, los motivos, incentivos proporcionados por el medio, a situación, respecto del actuar de la persona respecto del cometimiento del delito.

A partir del postulado anterior, es necesario considerar el aporte de Querol que en su libro *Análisis Económico del Derecho* sostiene “a nivel individual se pueden señalar varios motivos distintos a la racionalidad...” (2014, p. 138). Por lo tanto, cobra relevancia considerar otros aspectos catalogables como factores variables, como puede ser el bajo acceso a la educación, insuficiencia social y familiar. Estos factores variables influirán de una u otra forma en la capacidad de razonar del individuo.

El sexto punto parte de la secuencia de la decisión de la persona respecto del cometimiento de un hecho delictivo concreto representa la elección de un objetivo deseado por la persona, que cumple con un proceso complejo de decisión, en el cual se puede identificar tres situaciones variables fundamentales “la existencia de un infractor motivado, un objetivo deseable y la ausencia de un guardián” (Bermejo, M. 2009, p. 52).

1.3.1.1.Costo - beneficio del delito y el impacto disuasorio de la pena ¿el castigo disuade?

El problema de las penas se contempla en la económica asemejando el castigo al precio que ha de pagar una persona para adquirir un bien determinado: a mayor castigo (precio) menor nivel de delitos querrá cometer (cantidad), siendo el precio (el coste del castigo) un valor esperado, que depende de la magnitud de la pena y de la probabilidad de que esta se produzca (Querol, 2014, p. 138).

Del enunciado anterior es posible establecer que los costes esperados de un acto delictivo son tratados con sanciones jurídicas negativas, como se mencionó anteriormente, estas conciben a las penas, castigos y otros tipos de sanciones. Son tratadas de esta manera porque se estima que la persona ha actuado como un ser racional, el cual ha analizado de manera por lo menos vaga su actuar y como consecuencia de ello es indispensable que asuma las consecuencias de sus actos y otorgue algún tipo de restitución e indemnización por sus actos. Estas personas asumirán el riesgo de sus actos hacia una actividad delictiva siempre y

cuando, después de haberlo analizado, el acto delictivo le represente mayores beneficios de los que otra actividad; de igual manera en el momento de que se enfrente a dos actividades que les genere un costo, esta persona se decidirá por aquella que genere un menor costo.

Los beneficios netos que se relacionan con la actividad ilícita dependen de las ganancias brutas y de variados costes. Las primeras se refieren a los valores de producción que se obtienen al cometer un determinado tipo delictivo, mientras que los costes pueden dividirse como lo determina Bermejo (2009, p.54):

- El coste esperado de las sanciones formales: la amenaza de pena y otras sanciones jurídicas negativas, así como la responsabilidad civil derivada del delito;
- El coste esperado de las sanciones informales: el así llamado coste moral, que viene determinado por las convicciones éticas de cada individuo y que refieren al coste de no ser consecuente con ellas¹⁵³ y el coste reputacional¹⁵⁴ y todos sus efectos (incluyendo la reducción futura de ingresos en actividades legales en razón de las dificultades de ingresar al mercado laboral como producto de la estigmatización social que supone la imposición de pena);
- Los costes de oportunidad del tiempo del delincuente (es decir, los beneficios que pueda obtener en actividades alternativas);
- Los que se originan en la obtención de los instrumentos que se utilizarán en la comisión del delito (armas, máscaras, alquiler de casas, pago a colaboradores, entre otros).

La relación entre los beneficios y los costes del delito se denomina “*valor esperado*”, esto debido a que no se tiene certeza respecto de la actuación y los beneficios y costes del acto delictivo, a los cuales se ha de catalogar como variables e inciertas. Como se mencionó en líneas anteriores, es posible demarcar el acto delictivo como un proyecto con alto nivel de riesgo e incertidumbre porque se presentan aspectos como la sanción esperada, que depende de la calidad del aparataje estatal; las ganancias o beneficios, que están sujetos a la incertidumbre

respecto de la cual se puede errar, dado que estos pueden ser descubiertos, decomisados o simplemente no existir al momento de haber ejecutado el acto delictivo.

Es posible asumir que la decisión de una persona respecto de delinquir se encuentra relacionada con la pena del coste esperado, entendido como la sanción, pena o imposición del castigo. Conjuntamente, la forma de disuasión concebida por el AED puede ser aplicada de dos maneras que son “aumentando las penas y/o aumentando la probabilidad de que las penas se produzcan cuando se comente un delito (aumentando el número o efectividad de la policía, el número de jueces, fiscales, personal e instituciones penitenciarias, entre otros)” (Querol, 2014, p. 139); pero el factor que no debe estar presente dentro de todo análisis es la actitud frente al riesgo que presenta un individuo o persona respecto del acto delictivo.

Ortiz de Urbina determina que se puede asumir tres posibles actitudes frente al riesgo, las cuales son catalogadas como neutral, adverso y preferencia:

- a) Una persona es neutral ante el riesgo cuando se muestra indiferente entre distintas combinaciones de probabilidad/resultado con el mismo valor esperado. Así, esta persona otorgará el mismo valor a recibir 100 euros con seguridad que tener un 50% de posibilidades de ganar 200 euros (y un 50%, claro, de no ganar nada) o tener un 25 % de posibilidades de ganar 400 euros (y un 75 % de no ganar nada).
- b) Un individuo es adverso al riesgo cuando prefiera un valor seguro a una combinación azarosa, aun cuando esta última combinación tenga un mayor valor esperado. En general, estos sujetos prefieren combinaciones probabilidad/resultado que sean poco azarosas (es decir, aquellas en que la probabilidad sea la más alta posible). Ejemplo: el sujeto que es adverso al riesgo preferirá 90 euros seguros a cualquiera de las combinaciones del párrafo anterior en que el valor esperado es 100. La profusión del seguro y su extensión a innumerables ámbitos de la vida de las personas muestran que este fenómeno se da en forma masiva: quien celebra un contrato de seguro sabe que con seguridad perderá una cantidad de dinero (la prima), pero lo hace para cubrirse en el eventual caso de que se produzca el evento asegurado.
- c) Un sujeto tiene preferencia por el riesgo cuando se prefiere una combinación azarosa de menor valor esperado a un valor seguro o, en general, cuando se prefieren combinaciones de probabilidad/resultado en las que la probabilidad sea baja y la eventual ganancia elevada. El

caso de los compradores de lotería permite ejemplificar esta modalidad: quien compra una lotería cambia dinero seguro (el que gasta en comprar el billete) por la baja probabilidad de ganar mucho dinero.” (Citado por Bermejo, 2009, p. 55).

A partir de los postulados anteriores, se pueden deslindar que la persona neutra, frente al riesgo, estima, analiza y actúa de igual manera si la pena proporcional al riesgo es mayor o menor si la probabilidad de condena varía o no. Por otro lado, una persona adversa al riesgo es aquella persona que después de realizar un análisis de la probabilidad de condena y la pena esperada, considera que la pena es menor y la probabilidad de condena de igual manera es menor, solo ahí decidirá actuar, pero en caso de que la probabilidad de condena sea elevada, se abstendrá de realizar cualquier tipo de conducta que se encuentre enmarcada dentro de un riesgo alto o propenso a la condena. Finalmente, la persona que posee preferencia por el riesgo se sentirá decidido a ejecutar su actuación delictiva cuando la pena y la probabilidad de condena sean altos, los menos esperados por un delincuente, mientras que más baja sean dichas probabilidades, la persona sentirá un mayor índice de disuasión respecto de la ejecución de su actuar.

Es preciso destacar como lo hacen Clarke y Cornish, citados por Bermejo, cuando destacan que las actividades legales e ilegales posiblemente no se encuentran deslindadas del todo. Existe la posibilidad de que un delincuente lleve una doble vida. Esto se puede dar debido a que el objetivo de sus actividades ilícitas tenga relación con la actividad lícita, o en otro escenario, que sus actividades lícitas sirvan para encubrir, legalizar y dar la apariencia de licitud a las conductas delictivas. Uno de los ejemplos más claros es el lavado de activos, porque según la dogmática penal se define que la función económica principal de este tipo penal consiste en transformar, introducir o dar apariencia de legal a los capitales de origen ilícito, con el afán de que no exista pérdida sobre estos, se genere poder de adquisición sobre estos y aumente el valor esperado de los mismo.

1.3.1.2. Características delictivas que se manifiestan en la elección de delinquir

Desde la teoría de la elección racional se establece que los delitos se eligen y se cometen por el infractor a partir de sus características y la afinidad que estas presenten con el tipo delictivo. Esto debido a que cada delito posee factores que pueden variar y ajustarse a ciertos patrones que posee cada persona al momento de intentar delinquir. La decisión de delinquir se encuentra estrechamente ligada a las denominadas “propiedades que estructuran la elección” (Cornish, D., Clarke, R., 1987, p. 935).

La concepción anterior se desarrolla desde el punto de vista objetivo de la elección racional, partiendo desde el punto de vista que toda persona incluida aquella que va a delinquir plantea un objetivo, en nuestro caso el cual va direccionado a recibir un beneficio económico respecto de la legalización de bienes de origen ilícito. En primer lugar, la persona decidió incurrir en este acto delictivo, para lo cual tendrá que presentar ciertas características afines a su personalidad, en el caso de que la ejecución de la conducta y de las decisiones se tornarán en una situación demasiado complicada, esta desistirá y optará por decidir cometer un delito que sea más fácil y se encuentre dentro de sus posibilidades de acción, como puede ser el de estafa, robo o hurto.

Manteniendo el ejemplo anterior y siguiendo la línea conceptual de Cornish, D. y Clarke, R., se puede aseverar que esta persona no incurrirá en delitos que atente la integridad sexual de las personas, o que atente la seguridad estatal, debido a que su objetivo no es obtener placer sexual o destruir el estado, su objetivo es obtener ganancias monetarias y por lo general se desenvolverá respecto de aquellos delitos que se enmarquen y le reditúen de esta manera. Conjuntamente, las características que este presenta, las cualidades de este lo limitarán hasta cierto punto y, por otro lado, los objetivos que este anhela le permitirán actuar y desenvolverse dentro de un limitado espacio de decisiones y actuar.

1.3.2. AED normativo del Derecho Penal

En los párrafos anteriores se abarcó los costes y beneficios sociales privados, desde la concepción del AED positivo, en los cuales se enmarca los costos y beneficios para la persona que comete el ilícito, desde una perspectiva personal, en la cual esa persona analizará si comete o no dicho acto delictivo. Ortiz de Urbina (s.f. p. 541), explica que el AED positivo concibe el decomiso de ganancias monetarias, el cual representa un beneficio para el delincuente, como la implementación de un costo extra que resta valía al beneficio concebido y que de esta manera se genere un estímulo en la concepción del supuesto delincuente que lo desincentive de cometer dicho acto. Mientras que el AED normativo tiene como objetivo principal el determinar los costes y beneficios de carácter social, los cuales se determinan tomando como punto de partida la estructura de la normativa penal existente, en este caso sobre el tipo penal del lavado de activos. Es así como el AED normativo realiza un análisis sobre la eficiencia de esa actividad conceptualizada en la norma, a partir de los beneficios y costes sociales generados. En consecuencia, “el problema de la política criminal para la sociedad será diseñar un sistema de consecuencias jurídicas y seleccionar una probabilidad de detención y condena que maximicen el bienestar social” (Bermejo, 2009, p. 59). En conclusión, “el derecho penal debería minimizar el coste social del crimen, que es igual a la suma del daño que causa y los costes de su prevención” (Cooter, R., Ulen, T., 2004, p. 470).

Existen dos tipos de coste social que se desprenden del delito. En primer lugar, el causado por la delincuencia y que recae sobre la sociedad directamente y de manera particular respecto de la persona a quien se le vulneró sus derechos o integridad. En segundo lugar, se avizoran los costos derivados de la asignación de recursos tanto personales, económicos, sociales, materiales, entre otros, destinados a la prevención del delito. Es así como, la política penal criminal tiene que en base a los costos anteriores buscar la manera de reducir los costos

sociales provocados por el delito y las medidas de prevención, intentando asignar de manera eficiente los recursos antes mencionados y logrando minimizar ambos costes sociales.

La aplicación de la ley penal, desde una perspectiva normativa, centra su objetivo en minimizar el daño/coste social producto de la actividad delictiva. Montani (2014, pp. 35) (adjuntar a bibliografía), establece que por eso la norma penal tiene que ser justa, equitativa y ius-económicamente eficiente. Esto es posible cuando se parte de la concepción de que el derecho penal es un instrumento de control social y consecuentemente se concibe a la norma penal como el medio disuasivo que recae sobre el análisis costo - beneficio que realiza el supuesto delincuente. En consecuencia, es factible asumir los costos sociales marginales que involucran a la pena, solo si esta, como consecuencia de su aplicación, genera una reducción marginal del delito.

1.3.3. La pena ideal: privación de la libertad vs imposición de multa

Desde la concepción del AED positivo es posible manifestar que la severidad de la pena se encuentra estrechamente relacionada con la probabilidad de ser condenado, puesto que la pena o sanción es concebida como el costo esperado por el potencial infractor, partiendo de igual manera del carácter disuasivo que genera la pena en el potencial delincuente, el riesgo con el cual se coaliga y los estímulos proporcionados frente a la capacidad de razonamiento económico de la persona.

Se puede realizar un análisis a partir de aspectos similares, con la principal diferencia que se presta primordial interés a los costes generados de los métodos de prevención, el aumento de elementos de aplicación de la norma, los costes humanos, entre otros. Desde este mismo punto también sería posible considerar la posibilidad de aumentar la severidad de la pena para reducir los costes que serán asumidos por el Estado al momento de aplicar la norma, de sancionar y generar estímulos más fuertes que desincentiven el cometimiento del ilícito.

A partir de ahí, nace la discusión constante de la pena ideal desde la visión del AED del derecho penal, la cual plantea ¿cuál es la pena ideal o más efectiva?: ¿privación de la libertad o imposición de sanción pecuniaria? Tratadistas como el catedrático español de la Universidad de Valencia, Gabriel Domenech (2013), parten del costo no solo monetario invertido por el Estado para mantener a una persona privada de la libertad, sino de manera conjunta el coste generado para la sociedad, para la familia de esa persona, razón por la cual debería existir una preferencia por imponer sanciones patrimoniales primordialmente, que de alguna forma también representan un beneficio/ganancia para las arcas estatales.

Si bien en su generalidad por los aspectos antes mencionados y con el objetivo de reducir costos sociales se recomienda imponer una sanción pecuniaria, Bermejo, M. menciona que sin embargo existen ciertos casos en los que resulta imposible hacerlo:

1) Los activos del infractor: cuanto más pequeños sean los recursos económicos del infractor, menos posible resulta que la pérdida de éstos tenga más peso que los beneficios que espera obtener de cometer el delito y, como consecuencia, más pequeña es la posibilidad de disuadirlo con sanciones económicas. (2009; p.62).

Este aspecto es uno de los más criticados por parte gran parte de doctrinarios, porque lo catalogan como un sistema de discriminación hacia las personas que poseen menos recursos que otros, se genera una fuerte crítica debido a la importancia que tendría la posición económica, desde esta perspectiva afecta el principio esencial de igualdad frente a la ley.

“2) La probabilidad de que el infractor evada la imposición de la pena” (Bermejo, M. 2009, p. 62), en lo concerniente se parte de la línea del razonamiento económico de la persona, en el cual se establece que si la imposición de la pena es baja la posibilidad de enfrentarla o evadirla es alta. Mientras que, si el monto de la pena es alto (por ende, más grave), existe la posibilidad de que exceda los recursos económicos del delincuente, las cuales exterminarían el efecto disuasorio buscado.

3) Las ganancias esperadas de la comisión del delito: cuanto más grandes los beneficios del delito, más alta debe ser la sanción económica para disuadirlo y, nuevamente, es probable que exceda los recursos del infractor (Bermejo, M. 2009, p. 62).

4) y 5) Los dos factores adicionales son la gravedad del daño y la probabilidad de que éste ocurra: estos dos factores son importantes porque son los que indican el daño (social) esperado que ocurrirá si la conducta no es disuadida (Bermejo, M. 2009, p. 62).

Para la aplicación de una pena pecuniaria hay que tomar en consideración los factores anteriores y tener en consideración que es factible aplicar un método cuando:

“la probabilidad de que se fracase en la disuasión es alta y el daño esperado (magnitud del daño x probabilidad de que ocurra) es suficientemente alto, entonces el recurso a sanciones no pecuniarias puede ser deseable, a pesar de que su utilización supone un mayor coste social” (Bermejo, M. 2009, p. 63).

Al hablar de la pena ideal, es importante hacer referencia al concepto de disuasión marginal. Querol expresa que “se entiende que una disuasión marginal se encuentra enfocada en graduar las penas respecto de la gravedad del delito cometido” (2014, s.p.), que está contribuyendo a emitir estímulos que dirigen el actuar de la persona, intentando que éste enfoque su actuar en una actividad menos lesiva. Esto se produce debido a que las sanciones más fuertes tienen que ser impuestas para las actividades que generen un mayor riesgo y atentado contra la integridad individual y social.

De esta manera, es posible aseverar que, si bien con la pena anterior no se logró evitar el cometimiento del delito por completo, sí se puede lograr que el actuar del delincuente sea menos lesivo, que ese comportamiento ocasione un daño de menor gravedad. Querol (2014) dice que, las penas deben ser impuestas dependiendo la gravedad del bien lesionado o del daño causado, y plantea a manera de ejemplo, el supuesto caso en el que los delitos contra la propiedad sean sancionados con las mismas penas que se sancionan los delitos que violentaron el derecho a la vida.

Se demuestra que un potencial delincuente al observar que el coste será igual para ambos delitos no avizorará la gravedad del uno frente al otro, por lo tanto cometerá cualquiera de los dos. Pero, si la sanción para aquellos delitos que atentan contra la vida son sancionados de manera más severa, que aquellos que atentan contra los bienes materiales, se puede estar hablando de una disuasión marginal, porque a partir de la legislación se está emanando costes más altos para aquellas agresiones que son más graves.

La severidad de la pena y su imposición, entendida como el coste esperado, deberían aumentar en relación con la gravedad del delito ocasionado y el bien jurídico vulnerado. A partir de la normativa se generen los estímulos necesarios para que las personas eviten cometer los delitos que generan una vulneración más grave a los bienes jurídicos y que el coste social que se pague por la ejecución de estos delitos sea menor.

Paralelo al concepto de disuasión marginal, se aplica el concepto de mayor efecto disuasorio, que, según Serrano, M. (2011, p. 273-278), en su artículo *Introducción a la Criminología*, el cual, explicado desde la racionalidad económica, asevera que una pena menor, pero con mayor efectividad de ser declarado culpable genera un mayor efecto disuasorio que una pena alta pero con un mínimo grado de certeza de ser declarado culpable, aspecto importante que se tiene en consideración al momento de hablar de una pena ideal.

1.4.Prevenición de los Delitos Económico – AED de la Política Criminal

La presente sección describe de manera sistemática las medidas de prevención, tanto públicas como privadas, basados en el análisis que se realiza de las distintas variables sociales, principalmente de las que se relacionan con la pena y su imposición, dado que ha sido catalogada como el coste esperado por el potencial delincuente. De manera conjunta, la pena es catalogada como parte de la política utilizada para prevenir el delito, lo cual se ha denominado “prevención a través del castigo” (Bermejo, M.; 2009; p. 70).

El propio Becker (1974), en su artículo *Crimen y castigo: un enfoque económico*, determina que las penas definidas como métodos punitivos son solo una de las maneras utilizadas para prevenir el delito y que todas las acciones realizadas tanto por entidades públicas (leyes, regulaciones administrativas, sanciones, multas, entre otras), como por los privados (medidas de autoprotección, autorregulación, seguridad privada, entre otros) tienen que ser comprendidos como parte de esta.

Todas estas acciones generan un costo/gasto que tiene que ser asumido por el aparataje público, cuando se produce la aplicación de la legislación y normativa existente, y por el aparataje privado, concibiendo todas las técnicas de autorregulación, compliance, entre otros. Sin embargo, se explica que ninguno de estos costes asumidos dará los resultados deseados, si antes no se entiende que ambas partes deben actuar de manera conjunta, como un sistema de piezas que se complementan entre sí.

Y esto es fácil de avizorar, cuando se establece que el Derecho Penal es inútil o ineficaz al momento de combatir la criminalidad que se genera en las empresas y como lo explica Muñoz, N., existen ciertas razones como:

En primer lugar, el riesgo de descubrimiento del hecho es bajo. Ello se debe a que las empresas son estructuralmente complejas y a que los directivos tienen la capacidad y la información sobre la empresa para poder delinquir “técnicamente” bien (ingeniería financiera, operaciones bien maquilladas, entre otros). Ello determina la disminución importante del riesgo de descubrimiento del delito. En segundo lugar, aun en caso de ser descubiertos los autores del delito, el riesgo de condena es muy bajo. Ello se debe, por una parte, a que los casos son complejos, tanto en lo referente a los hechos como en cuanto a la interpretación de los tipos. La consecuencia es el aumento de los costes de la investigación, así como la reducción las posibilidades de éxito del proceso. Por otra parte, el hecho de que el autor de los hechos suele ser una persona con enorme capacidad para invertir en su propia defensa también contribuye a que el riesgo de condena sea bajo. En tercer lugar, suele decirse que las sanciones penales intimidan en general menos que algunas consecuencias jurídico-civiles o laborales, pues aquéllas consisten o bien en penas de multa o bien en penas de prisión que normalmente se pueden suspender; con todo, considero que no puede valorarse del mismo modo la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, la cual sí tiene una fuerza intimidatoria importante (2006, p.6).

Queda abierta la discusión de si todos los costes sociales asumidos por el Estado realmente son avizorados y catalogados como tal. Los costes se presentan, según Bermejo:

- a) los costes de las agencias de la administración asignadas a dictar, controlar y sancionar el cumplimiento de las normas administrativas;
- b) los costes de autoprotección de las víctimas potenciales;
- c) los costes de las medidas de colaboración que se imponen a ciertos sujetos privados, tales como contar con sistemas de control interno, evitar la realización de ciertos riesgos o informar de irregularidades al Estado; y
- d) Los costes que suponga la implementación de un sistema de autorregulación para la prevención del delito. (Bermejo, M., 2009, p.71-72).

1.5. Análisis de la política criminal

Para poder analizar la política criminal es necesario acudir al concepto de políticas públicas, debido a que desde este punto que se formula la política penal. Para ello en primer lugar es indispensable partir del concepto que, según Roth, A. (), política es concebida como la “designación de los propósitos y programa de las autoridades” (2002, p.26). Es así como según Roth, A. (1994, s.p.), las políticas públicas pueden ser definidas como

un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el compromiso de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática (Roth, A.; 2002, p. 27).

Teniendo presente el concepto antes mencionado, es factible comprender que el proceso de elaboración de políticas públicas que es:

- Definición: Estructuración del Problema o Establecimiento de una Agenda;
- Predicción: Previsión (Forecasting) o Formulación de Políticas;

- Prescripción: Recomendación o Adopción de Políticas;
- Descripción: Seguimiento (Monitoring) o Implementación;
- Evaluación: Evaluación de las políticas implementadas” (Bermejo, 2009, p. 73-74).

La importancia del proceso de promulgación de políticas públicas se desprende del análisis del tema en concreto considerado una problemática, en el presente caso el lavado de activos. Frente al problema identificado y delimitado, es posible estructurar una variedad de soluciones y plasmar aquella que se encuadre de mejor manera a la realidad actual, teniendo presente que esta debería ser aquella que genere el menor coste posible para la sociedad. El siguiente punto, es la aplicación o ejecución de las políticas públicas, en la cual se identificará su funcionabilidad, su ejecución. Finalmente, la importancia viene de la evaluación retrospectiva de la aplicación de esta política pública, la verificación de los resultados obtenidos y si estos se encuentran relacionados con el objetivo planteado.

Es preciso señalar que cuando se realiza el análisis de la legislación, es necesario analizar y enmarcar los efectos deseados, así como los no deseados. En otros términos, al realizar una evaluación de los costos y beneficios de la aplicación de la norma, se debe avizorar de manera global si se ha cumplido con los objetivos planteados y en base a ellos determinar si se han conseguido los efectos deseados y que efectos no deseados también se han producido. Algunos de los efectos no deseados con la aplicación una política penal, son según Bermejo:

- a) La legislación es a veces una precondition para la comisión de delitos ya que provee oportunidades. Tanto las regulaciones complicadas como las diferencias en las estructuras de implementación producen incentivos para realizar prácticas fraudulentas;
- b) Así mismo, los efectos de interacción entre diferentes subsistemas de normas y regulaciones pueden acelerar o ralentizar la expansión de ciertos tipos de delitos;

c) La legislación puede crear incentivos para la comisión de cierto tipo de delitos (así, por ejemplo, los casos en que una regulación crea incentivos para el surgimiento de un mercado negro);

d) Así mismo, se puede producir lo que se denomina efectos de desplazamiento: en ocasiones la legislación produce las consecuencias esperadas, pero al precio de desplazar fenómenos negativos a otros ámbitos sociales o países²⁰⁴;

e) También se hace referencia a los efectos de atracción: la legislación puede producir diferencias en relación con la situación legal entre distintos países, regiones o ámbitos de actividad, lo que puede atraer la actividad hacia aquellos que provean un entorno menos riesgoso para el delincuente;

f) El efecto readaptación consiste, por su parte, en la reorganización de la actividad delictiva por parte de los delincuentes para adaptarse a los cambios en el entorno, aprendiendo de ellos (2009, p. 76).

Lo importante a destacar en este punto es el hecho de que se busque armonizar la norma, la regulación normativa penal, enfocada a combatir el lavado de activos. Buscando generalmente que se cumpla con los objetivos planteados y que los efectos, así se encuentren fuera de los parámetros establecidos, sean positivos, beneficios y mermen el costo que tiene que asumir el Estado, los privados y primordialmente la sociedad.

CAPÍTULO II

2. ANALISIS COSTO – BENEFICIO DEL LAVADO DE ACTIVOS SEGÚN LA DOCTRINA

Este capítulo estudiará el costo - beneficio del lavado de activos, partiendo de la definición actual del lavado de activos, identificando las características más importantes y su contraste con la realidad social. De manera conjunta, se analizarán algunas de las técnicas más utilizadas según la dogmática jurídica penal, la política criminal y se evaluará la normativa penal, específicamente, el artículo 317 del COIP, el cual desarrolla el tipo penal de lavado de activos. De este artículo se identificarán los verbos rectores, así como las penas y sanciones que se designan para quienes ejecuten la actividad delictiva. De manera conjunta se revisará la normativa internacional, principalmente La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Finalmente, se pretende realizar un análisis costo - beneficio del lavado de activos enfocando en los estímulos positivos y negativos que proporciona este artículo, para establecer la eficiencia y verificar el fin último de la normativa penal que trata el lavado de activos.

2.1. Lavado de activos: conceptos y técnicas de la sociedad contemporánea

2.1.1. Concepto

Para establecer un concepto amplio y eficaz del lavado de activos, es necesario entender que una definición dogmática penal es mucho más amplia y completa que una definición legal, concebida y desarrollada por la legislación penal, en el caso ecuatoriano por el art. 317 del COIP. En la entrevista realizada, en agosto de 2019, al Doctor Norberto Hernández, profesor de la Pontificia Universidad Javeriana y autor de varias obras de derecho penal, criminología y AED, es posible establecer que el artículo desarrolla un tipo penal que de cierta manera es bastante amplio y comprende un sinnúmero de verbos rectores, que a su vez engloban al tipo

delictivo y proveen un amplio margen para poder actuar para investigar, demostrar y sancionar el actuar de quien atenta contra el bienestar social y económico, con el cometimiento de este tipo penal.

Sin embargo, para entender el concepto del lavado de activos, como lo expresó el Doctor Dino Caro Coria, experto en derecho penal, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la entrevista realizada en julio de 2019; es necesario trasladarse a sus orígenes, los cuales encuentran su fundamento principalmente en el derecho americano y en las resoluciones o recomendaciones de los organismos internacionales que hacen referencia a este tipo delictivo. Al estudiar el lavado de activos es posible mencionar que, según Coppola (2018), este tipo delictivo aparece desde los inicios de la civilización humana, cuando esta comenzó a organizarse en sociedades pequeñas, pero, el perfeccionamiento del lavado de activos se inicia en el siglo XX, cuando el término “lavado” empieza a ser utilizado a partir de los años 20, cuando los mafiosos constituían organizaciones de lavanderías en las que

las ganancias derivadas de las actividades ilícitas eran canalizadas dentro del negocio de lavado de textiles, en el que la mayoría de los pagos se realizaban en efectivo. Así, las ganancias provenientes de actividades ilícitas se combinaban con las de lavado de textiles e impedía a las autoridades norteamericanas discernir los dólares provenientes de actividades ilícitas de aquellos que no lo eran. Todas estas actividades estaban asociadas al jefe mafioso Al Capone (Berruezo, R. y Coppola, N. 2018, p. 7-8).

A partir del párrafo anterior es posible determinar que la utilización del término “*lavado*” se crea como un término utilizado para describir las actividades realizadas por los carteles de tráfico constituidos en Estados Unidos en el siglo XX. Se tiene conocimiento que, en aquella época, varias entidades gubernamentales norteamericanas siguieron procesos en contra del famoso delincuente Al Capone, a quien se le sentenció a pagar fuertes sumas de dinero por concepto de venta ilegal de alcohol y evasión fiscal. Pero no es hasta la década de los 60, como lo mencionan Berruezo y Coppola (2018), que se empieza a utilizar el término

“*lavado de activos*” para referirse y describir a un conjunto de procesos utilizados para ocultar y legalizar hasta cierto punto el dinero de productos de orígenes ilícitos.

Hay que distinguir el cometimiento de delitos con dineros ilícitos del lavado de activos. La diferencia principal es que en el primero se hace referencia a la inyección de dineros ilícitos en negocios ilegales, actividad que no puede ser denominada lavado de activos porque no se destina dinero legítimo o legal en invertir en mercados ilícitos, cuestión que resultaría demasiado costosa. Por otro lado, al referirnos al lavado de activos es pertinente identificar que:

“El verdadero sentido de este tipo de actividades (las de BdeC) es hacer posible el aprovechamiento de los bienes que un tercero hubiera conseguido mediante la comisión de un delito grave, para lo cual se llevan a cabo una serie de operaciones que (...) dificultarán notablemente su conocimiento por la autoridad y permitirán el aprovechamiento y disfrute de tales bienes. Y (...) sustraerán los bienes procedentes del mismo del alcance de la autoridad impidiendo su comiso y aplicación a la satisfacción de las responsabilidades civiles. Tanto en un caso como en otro, al permitir el aprovechamiento de esos bienes, tales actividades estimularán la comisión de nuevos delitos (...)”, por ello, concluye, “(...) con la incriminación de conductas de blanqueo de bienes se trata de evitar el estímulo que constituye el aprovechamiento de las ganancias de procedencia ilícita de cara a la comisión de nuevos delitos” (Palma, J. 2000, p. 285.).

Es posible determinar, según Bermejo (2009), que “un actor racional podría conjurar estos riesgos ocultando los bienes obtenidos”, por lo cual ocultará dichos bienes, con el afán de que el gobierno o el Estado no le priven de estos (se los decomise), de sus frutos o ganancias, y absolutamente que los mismos no sean utilizados como prueba en su contra para demostrar el origen ilícito de este dinero y mucho menos de las actividades ilícitas de donde se obtuvieron estos recursos. Pero, las personas que cometen este tipo de delitos generalmente tienen la motivación de obtener beneficios económicos y poder gozar de ellos, usufructuar de los mismos y legalizar estos capitales. El afán de legalizar esos capitales es poder adquirir

bienes, servicios o ingresar en mercados lícitos con esos capitales y, sobre todo, poder hacer uso de estos de manera legal.

Una gran cantidad de estos dineros son destinados y manejados en la ilegalidad, volviendo a inyectarse estos capitales en mercados como drogas, prostitución, tráfico de cualquier tipo, entre otros. Pero, como lo menciona Caparros (1998), no todas las necesidades pueden ser satisfechas en los mercados ilícitos, por tal motivo uno de los intereses primordiales de quienes delinquen es poder legalizar ese dinero, adquirir bienes y servicios con dineros lícitos. Es así como, esos dineros serán invertidos en un inicio en mercados lícitos de uso diario de escaso control como lo determina Castro (2019), por ejemplo, víveres, ropa, alimentos de consumo masivo, entre otros. En una segunda instancia, se iría invirtiendo en mercados de mayor demanda económica y control que los estatales, como inmobiliarias, patios de autos, inversiones, entre otros

Es necesario identificar que mientras la inversión que se realice de estos capitales en mercados que tienen mayor control, existe un riesgo mayor de que sean identificados, decomisados y de que esos mismos activos, dinero o bienes, sean utilizados como una prueba fehaciente del cometimiento de una actividad delictiva, ilícita. Como lo estipula Bermejo (2009), es necesario que el “actor racional acuda a una forma de invertir dichos bienes que le permita gozar de dichos beneficios (satisfacer las preferencias variadas) y, al mismo tiempo reducir los riesgos de decomiso y de utilización de los bienes como prueba” (p. 146).

Es así como, al comparar estas características con el art. 317 del COIP, se pueden distinguir elementos generales que se encuentran presentes siempre como la ocultación y la tenencia. Sin embargo, es necesario identificar la existencia de los dos elementos imprescindibles: objetivos y subjetivos.

De este modo, el lavado de activos puede ser definido como un proceso más o menos complejo (dependiendo de las circunstancias) que trata con bienes de origen delictivo y que tiene la finalidad de incorporar dichos bienes en la economía legal para transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen ilícito (MschrKrim 2003, citado por Bermejo, 2009, p.147).

Por otro lado, el Art. 317 establece para el lavado de activos que

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. (COIP, 2019).

Estas definiciones son el punto de partida para el AED del lavado de activos, teniendo presente que el elemento “ocultación” es reiterativo en los diversos enunciados y, por ende, desde mi percepción es catalogado como el elemento principal para realizar el análisis. Al igual que la pretensión de utilizar estos dineros en la adquisición de bienes y servicios de manera legal, para poder gozar, usar y usufructuar de estos. A partir de estos elementos, se establecerá la teoría de la elección racional, que establece que el delito específico es cometido por la relación que existe entre las características de este y las que posee el infractor, propiedades que

direccionan y definen la estructura de la elección, como lo establece Cornish y Clarke (1987, p. 935).

A partir de los conceptos del lavado de activos y relacionándolos con la teoría de la elección racional de cada uno de los participantes en relación con el cometimiento del delito, es posible, en primer lugar, establecer características y funciones en relación con el análisis positivo, desde donde se explica la presión/función que ejercen los bienes sobre el actor, teniendo presente que este puede ser el autor del delito previo que es donde se obtiene el capital o, aquel que se dedica a lavar dinero de manera habitual o profesional y en segundo lugar, realizar un análisis normativo del lavado de activos en relación con los costos y beneficios sociales de este.

Se establece la relación existente entre los bienes y el hombre, haciendo énfasis en la presión que estos ejercen sobre el individuo y su decisión de delinquir. Continuando con esta línea de pensamiento, Bermejo (2009) señala que se distinguen tres categorías de relación existente entre bienes e individuos, las cuales son:

1. Los bienes son, desde la perspectiva del infractor, prueba del delito cometido (en adelante, Bienes/Prueba): si el Estado los identifica los utilizará como prueba del ilícito cometido; la ocultación del origen ilícito de los Bienes/Prueba reduce el coste esperado correspondiente a la pena establecida para el delito previo (el que da origen a los bienes);
2. Los bienes son, desde la perspectiva del infractor, ganancia derivada del delito cometido y destinada al consumo (en adelante Bienes/Consumo): el decomiso de las ganancias supone, desde la perspectiva ex ante típica del AED, una reducción de los beneficios esperados del delito al suponer un riesgo; la ocultación del origen ilícito de los Bienes/Consumo incrementa los beneficios esperados del delito previo al reducir la probabilidad de decomiso;
3. Los bienes pueden concebirse como ganancia destinada a la inversión (en adelante, Bienes/Inversión). Desde la perspectiva del individuo, la categoría Bienes/Inversión supone incrementar los beneficios esperados del delito (en este sentido, del mismo modo que los Bienes/Consumo) pero aquí se hace referencia al aprovechamiento de oportunidades de

negocios para obtener una renta: la distinción tiene sentido ya que si dos acciones alternativas tienen la misma eficacia para reducir el riesgo de decomiso y condena pero una de ellas provee mejor renta, racional será elegir esta segunda alternativa: la inversión de los bienes de origen ilícito (Bienes/Inversión) aumenta los beneficios esperados del delito previo. Así mismo, este aspecto funcional de los bienes se relaciona con elementos relativos antes mencionados: la cantidad de bienes blanqueados y la presencia del crimen organizado: la inversión de bienes de origen delictivo puede, en estos casos, ocasionar daños sociales específicos de este tipo de blanqueo, en concreto, como se verá infra, afectar los bienes protegidos por las reglas de la leal competencia e incrementar el poder económico de las organizaciones delictivas. (p. 149).

Estas categorías si bien están hechas en relación con el estudio de la persona individual es posible aplicarlas en función de la sociedad, comprendida como un todo o, en sentido figurado, como un individuo, dado que de esta manera se facilita la identificación de afectaciones y beneficios sociales derivados del lavado de activos y la influencia que estos tienen en la sociedad. Si bien este método fue criticado en la antigüedad, al comprender que una sociedad posee características similares compartidas entre la generalidad de sus habitantes, es posible desarrollar este análisis.

2.1.2. Conceptos asociados al lavado de capitales

2.1.2.1. El lavado de capitales entendido como un proceso

El lavado de capitales plantea como fin legalizar los capitales obtenidos producto de actividades ilícitas o delictivas, para que estos posean poder adquisitivo y puedan ser utilizados en los mercados legales. De manera conjunta, se busca legalizar esos capitales para disminuir el riesgo de que sea decomisado y eliminar las posibilidades que sea utilizado como prueba por parte de las autoridades competentes en contra de los actores del delito. Es necesario mencionar que cuando se trata de cantidades pequeñas de capital es mucho más fácil disimular el capital, por ende, el proceso es menos complicado, dado que este puede ser legalizado en un acto simple como una compra de comida, ropa o cualquier otra cosa; por otro lado, intentar ocultar sumas

de dinero de gran envergadura o monta es mucho más complicado y por ello se recurre a técnicas más sofisticadas y elaboradas de lavado de activos, las cuales consisten en un conjunto de acciones sucesivas que pretende encubrir el origen de estos bienes, como lo establece (Berruezo y Coppola, 2018).

Tanto así que, el lavado de activos de importantes sumas de capital, según Caparros (1998) en su libro *El delito de blanqueo de Capitales*, es descrito como una actividad que se apoya en la multiplicidad de interrelaciones que se encuentran “sostenidas entre los diversos agentes económicos, de modo tal que su propia operatoria se encuentra siempre condicionada por los instrumentos jurídicos, económicos y tecnológicos puestos al servicio de la sociedad del intercambio y del crédito” (2000, p. 81). Instrumentos que al ser utilizado de manera conjunta y concatenada en la ejecución de actividades que pretenden disminuir los riesgos, generar una apariencia de legalidad consistente en lograr ocultar el hecho ilícito y los nexos existentes con los bienes que se han generado producto de este y también los que existan en relación de los actores. Para poder camuflar los vínculos existentes, es necesario eliminar todo rastro que se haya generado hasta el claro momento de la legalización de los capitales, por ello se utilizará cualquier medio posible, como la internacionalización de capitales, el cambio de divisas, la creación de empresas fantasmas, entre otras, hasta lograr este objetivo.

Sin embargo, no hay que perder de vista que todos y cada uno de estos procesos conlleva un costo, el cual puede venir relacionado con la transportación, la transferencia, el cambio de divisas, entre otros y, también beneficios relacionados con la disminución del riesgo de ser descubiertos. En consecuencia, el actor racional busca que los costos asumidos por él sean menores que los beneficios esperados, caso contrario, dejaría de realizar dicha actividad. Este punto es importante tener en consideración cuando nos referimos a la política criminal preventiva del lavado de activos, la cual pretende aumentar los costos, en relación con el

cometimiento, el mismo lavado, los procesos, la sanción, entre otros, puesto que, no solo busca eliminar el cometimiento del delito, sino que teniendo presente que el lavado de activos en su generalidad consiste en un conjunto de procesos, busca que si una persona ya ha cometido este delito, hasta cierto punto, pare y deje de avanzar en la cadena de actuaciones, puesto que cada que avanza los costos irán incrementando, generando una legalidad ficticia menos eficiente, generando una mayor probabilidad para descubrir dicho acto, decomisarlo y establecer una sanción.

2.1.2.2. Objeto del lavado de activos

Hemos venido hablando de las definiciones, acepciones, fines y objetivos del lavado de activos, pero es imprescindible referirse al objeto del lavado de activos. Partiendo de La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998, el art. 1, establece que por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;” (1998). De igual manera, la legislación modelo del Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero de las Naciones Unidas. El art. 317 del COIP hace referencia en todos sus literales a “activos de origen ilícito”, cuando se tenga, adquiera, oculte, disimule, entregue, transporte, convierta o se beneficie de alguna manera.

El diccionario de la Real Academia Española define “activo” como el “conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo” (Diccionario de la RAE, 2014). Mientras que el Diccionario Jurídico Elemental Cabanellas lo define como:

Haber total de una persona natural y jurídica. En el comercio, el importe general de los valores efectivos, créditos y derechos que un comerciante tiene a su favor. En el activo figura todo lo

que se posee o cabe acreditar, aún pendiente de cobro; mientras en el pasivo se incluye todo lo que se debe. Por extensión, en el comercio se habla de activo como de haber, que en todo patrimonio hay; el pasivo equivale entonces al debe que existe en el mismo (v. Patrimonio.) (Cabanellas, 1993, p.14)

Los activos son “todos los réditos o ganancias que se contienen dentro del concepto de bienes (*productio sceleris*) ...” (Eisele s.f. citado por Castro, C, 2019, p. 165), los cuales no necesariamente son dinero en efectivo, sino que pueden ser inmobiliarios, servicios o cualquier actividad patrimonial que sea conversable a dinero. Por regla general, los expertos han establecido que “debe haber una relación del objeto patrimonial con el hecho del origen” (Fischer s.f. citado por Castro, 2019, p. 166), puesto que si no existe esta relación sería imposible demostrar o suponer la existencia de un lavado de activos. Sin embargo, en algunos casos “los bienes que se blanquearon no tienen por qué ser los que constituyeron el objeto material de tales delitos, pueden ser las ganancias derivadas de este...” (Caparros, 1998, citado por Castro, 2019, p. 165).

2.2. Características contemporáneas del lavado de activos

El lavado de activos es un delito que se encuentra en constante mutación y transformación dependiendo de las características y estructura de la sociedad y los aparatajes estatales. Al observar estas características, es posible equipararlas y con base a ellas establecer los procesos óptimos para lograr el fin deseado que es, dar apariencia de legalidad a estos activos. Desde esta perspectiva en el sistema global actual se han podido identificar ciertas características como son “la naturaleza internacional con la que operan” (Coppola, 2019, p. 15), factor que ha acrecentado desde el fenómeno de la globalización y la integración de movimientos de capitales a nivel mundial; “lo cuantioso de las sumas envueltas; la profesionalización de las organizaciones criminales” (Coppola, 2019, p.15), que se ha desarrollado principalmente con el apoyo de nuevas tecnologías, la desregulación bancaria, la

eliminación de controles de cambio de divisas y la apertura de paraísos fiscales, lo cual presenta un problema por la escasa supervisión de los bancos, entidades financieras y una legislación bastante permisiva y poco estricta cuando se trata de supervisar el manejo de capitales y los orígenes de los mismos, permitiendo la ejecución de este tipo penal de manera más segura, menos riesgosa y con un mayor porcentaje de certeza para alcanzar su fin.

De esta manera, estas características pueden ser identificadas como oportunidades para lavar activos debido a la existencia de:

1. Un secreto bancario o comercial que permite a los titulares de cuentas bancarias y entidades comerciales un total anonimato.
2. Una reglamentación permisiva, acompañada de una supervisión bancaria vulnerable con relación al número de establecimientos registrados activos;
3. Reglas comerciales que permiten la constitución de entidades comerciales o de gestoras de patrimonio que garantizan el anonimato del beneficiario extranjero. Las normas de registro de sociedades están con frecuencia reducidas al mínimo y no se efectúan controles previos;
4. Baja fiscalidad. (Hotte 2004 citado por Bermejo, 2009, p.182).

Refiriéndonos al lavado de activos de importantes sumas de activos, es posible establecer que el proceso se vuelve más complejo y, por ende, necesario seguir el conjunto de procesos con el fin de que se haga efectivo. Si bien existen distintas y cambiantes maneras de ejecutar este tipo penal, se pueden identificar características generales del lavado de activos como son:

- a) Secreto de la operación (Berruezo y Coppola, 2018; p. 15). Hace referencia principalmente a las transferencias financieras, dado que los sujetos activos u organizaciones buscan ciudades, países o territorios donde puedan funcionar con mayor seguridad y tranquilidad, donde puedan reclutar o insertar empleados en distintas entidades, los

cuales tengan mayor probabilidad y certeza de obtener un puesto de trabajo fijo y útil para lograr el objetivo.

- b) Anonimato de los empleados y terceras personas (Berruezo y Coppola, 2018; p. 15). Es necesario mantener anonimato y encubierta la actividad ilícita respecto de la cual versan los activos y el proceso que se utiliza para poder insertarlos en los mercados legales, pretendiendo no llamar la atención, en tal virtud se prefiere realizar transacciones pequeñas o que se encuentren dentro de los márgenes estatales y que no sean auditadas, que pasen por desapercibidas, las mismas que son conocidas como transacciones pitufas. Por otro lado, para mantener el anonimato de los sujetos activos, se utiliza identificaciones o identidades falsas, el soborno a los empleados de las instituciones, con el fin de que estos no realicen su trabajo o lo realicen al margen de los intereses de los sujetos activos, evitando que se provea la información necesaria o real para poner en riesgo las operaciones.
- c) Sencillez de la operación (Berruezo y Coppola, 2018; p. 15). Mientras menos complicada sea la operación existe mayor ganancia y certeza de alcanzar el objetivo, motivo por el cual se busca tener una estructura en la cual exista un número necesario pero mínimo de trabajadores, al igual que restringir los sistemas de lavado de activos al mínimo.

2.2.1. Dimensiones del lavado de activos

No se tiene una noción cercana y mucho menos exacta del rédito que produce este tipo penal en ningún nivel nacional, regional o local. Algunos expertos aseguran que los valores monetarios obtenidos respecto del cometimiento de estos delitos son meramente referencia y, de cierta forma, imaginarios e inciertos, puesto que es imposible conocer o saber si por lo menos estamos cerca del valor real. Es así que Prado (s.f.) explica, al referirse a la mutación de

las organizaciones que lavaban activos a nivel local, que van adaptando su actuar cada vez más a un comportamiento internacional, disfrazando cada vez más su actuar pero teniendo un mayor rédito, puesto que los “mayores actores en la actividad económica global y fundamentales en industrias ilegales, tales como la producción y el tráfico de drogas, del que obtienen beneficios superiores incluso al producto interno bruto de muchos países desarrollados” (Prado s.f. citado por Berruezo, y Coppola, 2018; p. 17).

En la actualidad se vincula esta evolución a factores mencionados antes como la globalización, el mejoramiento y uso de herramientas tecnológicas, entre otros. Pero, estos factores han provocado que el fenómeno de la internacionalización del lavado de activos empiece a generar mayores activos porque, como lo explica Caparros (1998), no es lo mismo lavar miles de dólares que millones de dólares, razón por la cual es necesario dejar los métodos artesanales y empezar a observar formas más técnicas y especializadas desde el punto de vista legal, tecnológico y económico. A partir de esta concepción, como en los años ochenta (80), empiezan a nacer las organizaciones/organismos dedicados al lavado de activos, buscando obtener beneficios económicos que sean más redituables, como lo describe Caparros (1998). Cuando nacen estas organizaciones, el capital empieza a fluir con mayor liquidez, momento en el cual se pasa de una delincuencia de consumo a una delincuencia de inversión, en donde se arman estrategias y se busca una mayor eficiencia de todas las actividades y bienes.

Como las organizaciones manejan cantidades de dinero mayores que los delincuentes personales o individuales, se torna un tanto más complejo el ocultar capitales. Sin embargo, al ser una “agrupación delictiva es que en ella encontramos lugar para las distintas especialidades en el desarrollo de la actividad delictiva, lo que significa una distribución de funciones para la optimización de los objetivos criminales del grupo” (Caparros, 1998, citado por Berruezo y Coppola, 2018; p. 21 - 22). De esta manera, la organización puede lograr consolidar una

posición en la sociedad civil, asegurando su mantenimiento, colocación y subsistencia en el futuro. Es así como, en su generalidad, estas organizaciones poseen características semejantes como:

- a) Importante infraestructura tecnológica y de sistemas de información
- b) Recursos humanos con vocación de permanecer en la organización
- c) La estructura de la organización excede las fronteras nacionales
- d) Poderío económico;
- e) Cierta nivel de impunidad en virtud de la relación que se generan con estructuras gubernamentales corruptas
- f) Sistemas de administración con responsabilidades personales fragmentadas (Berruezo y Coppola, 2018; p. 22).

Estas características generan una preocupación en los Estados porque, este grupo de organizaciones, con el tiempo crecen y perfeccionan sus cualidades, razón por la cual los Estados se han visto forzado a modificar sus herramientas de política criminal y el tratamiento del tipo penal, no generando certeza de la eficiencia normativa, ni la eficacia. Sin embargo, en ciertas ocasiones el delito de blanqueo de capitales se produce sin conocimiento de la organización, por esta razón, la prevención del lavado de activos o compliance es el instrumento adecuado “para la disuasión de todas aquellas actividades delictivas que dan origen a beneficios económicos, sin que ello obste a que los mayores recursos puedan dirigirse a la prevención del blanqueo de aquellos capitales que provienen de los delitos más graves” (Bermejo, 2009, p. 159).

2.2.2. El lavado de activos como proceso

El Grupo de Acción de Financiera Internacional (en adelante GAFI) es un organismo intergubernamental creado en el año de 1998 bajo el marco de prevención de lavado de activos, apoyado en expertos de áreas financiera, jurídica y operativa. Existen 40 recomendaciones realizadas por el GAFI a los países para combatir el lavado de activos y la financiación del

terrorismo. Las 40 recomendaciones han sido establecidas observando ciertos patrones que determinan las modalidades más utilizadas para lavar dinero, siguiendo la teoría desarrollada por Ambos (2004), que comprende el lavado de activos como un proceso que se compone de tres fases principales que son colocación, transformación e integración, específica ya que pueden poseer etapas internas, a partir de las cuales estudiaremos su estructura.

2.2.2.1. Colocación / introducción

Esta es la etapa inicial del proceso de blanqueo de capitales *per se*, dado que a partir de una actividad delictiva anterior se ha acumulado capital, el cual, generalmente, es dinerario o material, el que se busca introducir al sistema económico legal. En tal virtud, se estudia el sistema financiero del sistema legal, para identificar cuáles son “las agencias de intermediación financiera que resultan más flexibles al control de las operaciones que realizan sus clientes, para luego depositar en aquellas el dinero sucio y obtener instrumentos de pago como chequeras, tarjetas...” (Berruezo y Coppola, 2018, pp. 24-25).

En términos generales, esta etapa se podría considerar la de mayor riesgo, debido a la gran posibilidad de que las autoridades identifiquen de donde proviene este dinero, razón por la cual se divide todo el dinerario en sumas más pequeñas y se deposita en distintas cuentas, se realiza el cambio de divisas, se utilizan a varias personas para generar menos sospechas. Ya habiendo ingresado al sistema financiero legal los activos empiezan a intervenir sociedad pantalla, se empiezan a utilizar más recursos de enmascaramiento para ir desvaneciendo el rastro de proveniencia, los vínculos y rastros del origen ilícito, logrando dificultar o imposibilitar que se lo detecte.

2.2.2.2. Transformación / estratificación

Esta fase consiste en el conjunto de procesos complejos y operaciones que contribuyan a enmascarar de mejor manera el origen de estos y eliminen los rastros contables de estos. Estas operaciones, en su generalidad, se realizan de manera dinámica, variada y sucesiva en distintos países o lugares, entre diversas personas y/o empresas. De esta manera el dinero que ha ingresado al sistema financiero de manera pronta se convertirá en una transacción para otra persona o empresa y, esta a su vez, en una transferencia o compra de bienes o servicios que, en su generalidad, posean poca supervisión y sean fáciles de comerciar.

Como se ha mencionado en el párrafo anterior, el objetivo de esta segunda etapa es evitar el decomiso de los bienes y que estos no sean utilizados como prueba de un delito precedente, obteniendo una mayor rentabilidad de ese dinero. Así, Berruezo (2018) establece que existen tres mecanismos generalmente efectivos para cubrir su origen como son: “convertir el dinero en efectivo en instrumentos de pago, la reventa de bienes adquiridos con los recursos en efectivo y la transferencia electrónica de fondos” (Berruezo y Coppola, 2018, pp. 24-25). Este último es el más utilizado en la actualidad, debido a la cobertura que se ha generado a partir del proceso de globalización.

2.2.2.3. Integración / inversión

Considerada la última etapa, la integración es la fase donde finalmente se logra introducir los capitales originarios de actos ilícitos en el sistema financiero y confundirlos con aquellos que se han generado a partir de fuentes. Blanco, (2015) asevera que en esta etapa es muy complejo determinar qué activos son legales y cuáles son ilegales, porque el mercado o el sistema financiero ya los ha aceptado y los ha hecho parte de él. Determina que la única manera de saber qué activos son de origen ilícito serían aquellos respecto de los cuales se tiene noción bajo qué modo se los introdujo en el sistema financiero; es mucho más fácil identificar las

irregularidades de los bienes en las etapas anteriores, principalmente en la fase de colocación, puesto que en ella aún no se ha mezclado con dineros o activos de fuentes legales y se tiene conocimiento y conocimiento de su procedencia, razón por la cual el Estado y sus órganos encargados de velar por el correcto desenvolvimiento del sistema financiero

Hay que tener presente que las distintas etapas no poseen mayor relevancia al momento de aplicar la norma penal, y que las diversas técnicas no son descritas de manera taxativa y, peor aún, establecen en qué momento o circunstancia serán utilizadas, dado que estas pueden mutar y desarrollarse indistintamente en cualquiera de las etapas. Es por esta razón que, según Caparros (1998), no se deben tomar estos factores como puntos de partida para direccionar la política criminal. Por otro lado, es factible identificar los sectores que poseen mayor sensibilidad y son atractivos a la vista de los delincuentes para lavar dinero, los agentes que poseen cierto grado de poder y que contribuye a la facilitación del cometimiento de este delito.

Figura 1: Etapas de Lavado de activos



Fuente: Unidad de Análisis Financiero y Económico

2.2.3. Técnicas más utilizadas para el lavado de activos

Los Estados han adoptado medidas que combatan, controlen y prevean el lavado de activos, lo que en la actualidad ha generado una mutación o efecto de readaptación de los actos delictivos al contexto de la realidad actual, a las nuevas tecnologías, técnicas y contextos globalizados, debido a los cuales, aumentan las posibilidades de evadir la legislación e inhabilitar la detección por parte de los órganos encargados de su identificación, persecución y castigo de este delito, para lo cual, hacen uso de los vacíos legales existentes. Si bien los factores mencionados anteriormente han generado un incremento de negocios y empresas para lavar dinero, como lo expresa Bermejo (2009), los medios más utilizados para enmascarar el dinero obtenido por medio ilegales son la “a) utilización habitual de dinero u otros instrumentos al portador como medio de pago, b) alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos y c) un cierto grado de anonimato en las transacciones” (pp. 166).

Estas medidas han generado que los delincuentes investiguen, creen e innoven respecto de las técnicas a utilizarse para lavar capitales. Esto debido a la gran cantidad de normativa de índole nacional como internacional que combate este ilícito. Si bien organismos gubernamentales nacionales, así como los internacionales (GAFI, DEA, EUROPOL, UAFE, Unidad de Lavado de Activos de la Policía, fiscalía, entre otros) realizan las investigaciones necesarias, se considera que son bastantes lentas, debido a la mutación constante y el perfeccionamiento de la técnica por parte de los delincuentes. Por eso autores como Caro (2019), han establecido que, si bien supone en primer lugar un costo, termina siendo un beneficio la implementación de medidas o sistemas internos de prevención de delitos, denominado “*compliance*”. Esto debido a que se reduce la probabilidad de que en la empresa se cometa estos actos delictivos. A partir de esta percepción se analizarán las técnicas de la forma detallada a continuación.

2.2.3.1. Entidades financieras tradicionales

Los activos que son ingresados a entidades financieras como bancos, mutualistas, entidades de préstamos, entre otras, en su generalidad buscan evadir impuestos, dado que así se genera un riesgo menor para ser detectados; por este motivo se divide las grandes sumas de dinero en pequeñas cantidades, las cuales permanecerán por períodos de tiempo dentro de ciertas entidades financieras, luego recorrerán por otras entidades donde irán perdiendo su origen y mezclándose con otros valores. En este proceso se utiliza los que se denomina “hombres de paja” según Caparros (1998), que son las personas naturales, personas jurídicas creadas únicamente para ejecutar la acción delictiva y ocultar la verdadera titularidad, origen y utilización de esos activos. Por otro lado, también es muy usual contar con la ayuda de funcionarios o empleados de entidades financieras que poseen cargos o puestos que les permite crear documentos falsos para disimular el origen de estos activos.

Sectores como el mercado de valores, las compañías de seguro y ciertos tipos de entidades que contribuye con la internacionalización del sistema financiero, son las más buscadas y utilizadas para cometer este tipo delictivo. A pesar del arduo control que existe en el país respecto de la supervisión y control de estas entidades, es difícil evidenciar cuándo se trata de este tipo delictivo, más aún con la presencia de sistemas bancarios clandestinos o poco reguladas, que limitan la capacidad fáctica de control y muchas de las veces las investigaciones no prosiguen porque estas entidades poseen sus inversiones y capitales en paraísos fiscales, donde existe escaso o nulo control respecto de las capitales que se manejan dentro de su territorio.

2.2.3.2. Entidades financieras no tradicionales

Aquí podemos evidenciar el problema antes mencionado. La regulación en las entidades financieras provocó que los delincuentes adopten y muten su actividad de las entidades financieras a entidades financieras menos reguladas, como son “agencias de cambio, empresas dedicadas al canje de cheques, agentes de valores, negocios de ventas de joyas, metales preciosos, antigüedades y objetos de artes” (Berruezo y Coppola, 2018, p. 26).

Esto se debe a la legalidad de estos mercados, la poca o nula capacidad de control de estos mercados, debido a que en su generalidad estos objetos son pequeños, los montos de capitales no son exuberantes y por ende no llaman mucho la atención. También los objetos que se negocian aquí son en su generalidad pequeños, fáciles de transportar y, sobre todo, se pagan en efectivo, lo que disminuye la posibilidad de seguimiento o concatenación de hechos.

2.2.3.3. Comercio, servicios, mezcla de fondos lícitos con ilícitos

La doctrina establece que, generalmente, las sumas fuertes de capital llaman la atención de las personas y los organismos encargados de supervisar el origen de los activos, situación que en lugares como “bares, restaurantes, supermercados, sociedades de explotación de máquinas tragaperras, entre otros, son una excelente cobertura para el blanqueo de dinero sucio” (Bermejo, 2009, p. 174) ya que es poco controlado y difícil de regular, debido a la escasa necesidad de entregar facturas por el monto de dinero que se maneja en las compras. Factor que es atractivo y efectivo para lavar dinero, dado que, si bien estos lugares son obligados a declarar, a pagar impuestos, en ciertos casos hasta llevar contabilidad, el giro de negocio y lo que se expende esos lugares permite que se declare más de lo que realmente se ha producido.

Estas entidades pueden obtener créditos, obtener préstamos, adquirir bienes de manera lícita, dado que reportan bienes y activos económicos desde fuentes legales, las cuales periódicamente se mezclan con fondos obtenidos de actividades ilícitas o delictivas. En estas entidades es complejo determinar si efectivamente existe inyección de capitales ilícitos,

porque, generalmente, en lugares de comida es complejo llevar un margen de cuántos platos o cuánto dinerario ingresa, porque no todo efectivamente es facturado o inscrito.

2.2.3.4. Compra de bienes de gran valor e inmobiliario

Desde la doctrina, como lo establece Caparros (1998) y Prado (s.f.), el sector inmobiliario y la compra de bienes de gran valor es uno de los medios más utilizados para lavar activos de origen ilícito. Esto se debe a que son bienes que no poseen un valor específico determinado por la ley, sino que son catalogados como líquidos, dada la posibilidad de venderlos y signarlos con un valor monetario personal e interpartes, lo que dificulta que las autoridades puedan aseverar si existen activos legítimos en estas actividades. En este proceso no únicamente entran edificaciones o tierras, sino objetos de gran valor como aviones, barcos, automóviles de lujo, obras de arte valiosas, entre otros.

2.2.3.5. Traslado de dinero en efectivo

Esta técnica centra su objeto de acción en el traslado de dinero en efectivo de grandes sumas en distintas formas como:

1. Realizar transacciones a países o sectores denominados paraísos fiscales y desde esos lugares poder realizar préstamos e invertir en países con regulación estricta justificando su origen desde estos paraísos.
2. La movilización de estos capitales mediante un gran número de transacciones entre distintas entidades, países, destinos o negocios, eliminando la posibilidad de rastreo y orígenes de estos activos.
3. Los casinos y juegos de azar es otro de los métodos utilizados y que contribuye a ingresar capitales de manera fácil, debido a que si bien es necesario llevar un registro de los activos y dinero que se maneja dentro del establecimiento, brinda la posibilidad

de comprar y vender fichas entre el mismo casino, los cuales serán encubiertos como comprados por usuarios o clientes de los mismos casinos.

La descripción de las técnicas y de las etapas del lavado de activos utilizados en este capítulo han sido meramente doctrinarias, no se pretende decir que son taxativas o que son utilizadas de la manera exacta como es el planteó dentro de este capítulo. Es preciso especificar, una vez más, que tanto las técnicas como las etapas del lavado de activos se modifican, adaptan y desenvuelven dependiendo de las características del lugar, de las normas existentes, los órganos de regulación, entre otros factores, razón por la cual, estos pueden ser utilizados de manera sistemática, complementaria entre sí, siempre orientadas a cumplir con su finalidad y lograr que el costo siempre sea menor al beneficio obtenido.

2.3. COSTES SOCIALES DEL LAVADO DE ACTIVOS

En este capítulo se analiza el impacto social que genera el lavado de activos en el sistema financiero del Ecuador, con el fin de poder analizar los estímulos que, captados por los delincuentes respecto de la norma, de los organismos encargados de velar por el correcto funcionamiento y desenvolvimiento del sistema financiero. Es así como partiendo desde la doctrina y como lo asevera Castro (2019), dentro del delito de lavado de activos se puede identificar distintas etapas y distinto tipo de actores como son: el que comete un delito precedente el blanqueador y quien con dolo eventual o ignorancia deliberada contribuye. Cada uno de los actores actúa motivado por sus propios intereses y habilidades, las cuales son identificadas por el legislador y los estudiosos del derecho, los cuales al realizar su propuesta normativa han tenido que observar tres variables:

1. “Privación de las ganancias derivadas del delito (Bienes/Consumo y Bienes/Inversión)” (Bermejo, 2009, p. 183). Dentro de la norma legal se identifica bajo el verbo de legalizar, en el que se hace referencia directamente al hecho de

adquirir derechos de propiedad, sobre dichos activos que se pretende introducir o se introdujo en el mercado económico legal. Mientras que el hecho de decomiso o embargo está relacionado directamente con el poder punitivo y coercitivo que posee el Estado para embargar estos bienes, y restituirlos a sus verdaderos dueños.

2. “Utilización de los bienes de origen delictivo como ‘prueba’ del ilícito precedente (Bienes/Prueba)” (Bermejo, 2009, p. 183). Dentro de este aspecto es posible identificar la potestad y deber del Estado y sus entidades administrativas, para utilizar estos bienes o activos como prueba de la comisión del ilícito, también para identificar el origen de dichos activos ilícitos.
3. “Responsabilización e imposición de sanciones a los blanqueadores” (Bermejo, 2009, p. 183). Este aspecto hace referencia al deber general de denuncia que tienen no solo los trabajadores de entidades estatales, sino que, según la tipificación de esta actividad en el COIP, existe un deber general de denuncia, el cual tiene que ser ejercido por todos.

A partir de estos tres factores es posible establecer ciertos diseños institucionales y evaluar las consecuencias que estos generan tanto en la mentalidad y capacidad de decisión del delincuente, en la sociedad, en el sistema financiero nacional y los distintos costes y beneficios que se generan dentro de la misma.

2.3.1. Análisis de los costes y beneficios del lavado de activos entendido como un incentivo para delinquir (efecto criminológico)

La tipificación del delito de lavado de activos, como se ha mencionado en apartados anteriores, provee un doble resultado, el primero, según Aránguez (s.f.), es que por ser una actividad delictiva quienes la cometen consideran que al ejecutarla se genera un mayor beneficio que el esperado, porque quienes lo practican en su generalidad se convierten en

propietarios de dichos activos, al mismo tiempo que reducen la probabilidad de ser sancionados por los delitos precedentes, dado que eliminan la prueba y orígenes de donde se obtienen estos dineros.

De esta manera, se considera como incentivo la prohibición de esta actividad, como lo establece Caparros (1998), cuando el sujeto activo del cometimiento de este ilícito conoce o posee conocimiento del *modus operandi* menos riesgoso, de las ventajas que tiene su cometimiento y tiene conocimiento de los métodos a través de los cuales es posible evadir los controles. Y como lo asevera Prieto (2010), este factor a favorecido para que la delincuencia organizada aumente y busque un incremento en la obtención de réditos económicos, por otro lado, se puede observar una creciente respecto del daño social que causa esto y la grave afectación que se genera en el sistema financiero.

El modelo que aplica el COIP en su art. 317, desde nuestro punto de vista, se ciñe principalmente al de prohibición parcial para luego convertirlo en uno de prohibición total, esto debido a que, en el primero modelo, como lo establece Varela (2016), el Estado bajo sus distintos órganos de control pretende identificar, rastrear, decomisar y privar al delincuente del goce de estos activos. Sin embargo, adopta el modelo de prohibición total cuando dentro del mismo artículo empieza a desarrollar las sanciones para terceros, que se encuentren involucrados con el cometimiento y, según Bermejo (2009), la finalidad de este modelo es “incrementar la eficacia del sistema de identificación de los bienes de origen delictivo con el consecuente incremento esperado en la tasa de decomiso y condena por el delito que da origen a los bienes” (p. 197).

Es importante tener presente que mediante la aplicación de la norma se busca reducir el efecto criminológico del lavado de activos, el mismo que es entendido como el daño producido a los intereses sociales e individuales por el lavado de activos, motivo por el cual el fin último

del derecho penal es proteger estos intereses sociales. Para ello, el Estado adopta las medidas necesarias, tanto judiciales como administrativas para obtener un mejor funcionamiento y eficiencia de la norma penal y su efecto disuasivo.

2.3.2. Efectos lesivos económicos

El blanqueo de capitales como se ha venido desarrollando a lo largo del texto es un problema de carácter global, su prohibición se encuentra fundamentada en el riesgo grave que presenta la estabilidad, solidez y desarrollo del sistema financiero como lo indica Aránguez (2000, p. 283), porque se considera que la utilización de entidades de crédito o instituciones financieras que contribuyan a la liquidación de negocios ilícitos generan desconfianza en el público acerca del modo de funcionamiento como lo indica Palma (2000).

Se puede identificar una afectación al sistema financiero, específicamente al hablar de entidades financieras, porque la mayor parte de personas, como se ha indicado en líneas anteriores, actúan guiados por estímulos y caracteres que a la luz de la sociedad sean reglas moralmente aceptadas y consideradas correctas, al tener conocimiento de que las entidades financieras actúan y realizan el giro de su negocio con activos provenientes de fuentes ilícitas, van a abstenerse de invertir y colocar su dinero en estas entidades, produciendo que exista un coste reputacional lesivo como lo explica Bermejo (2009).

De igual manera, las personas al tener conocimiento que el dinero que mantienen en estas entidades financieras es utilizado para lavar o legalizar activos provenientes de actividades ilícitas y al tener conocimiento de las sanciones que la ley establece para estas entidades, el riesgo existente y alto de que estos valores sean decomisados por la autoridad, genera un costo, puesto que al desacreditar a las entidades financieras, las ponen en riesgo, dado que afectan la liquidez económica que poseen, disminuyendo la estabilidad de la

inversiones, pudiendo así generar que las entidades quiebren y que otras semejantes sean investigadas y posiblemente desacreditadas ante la sociedad.

En la actualidad se ha evidenciado, según el informe del GAFILAT del último año, que ha existido un incremento de las organizaciones delictivas entendidas como grupos o asociaciones ilícitas destinadas a cometer actividades delictivas, las cuales se mantienen activas por la introducción de dinero por un largo periodo de tiempo en el sistema financiero, pretendiendo obtener impunidad por parte del gobierno, ya sea proveyendo de recursos económicos para campañas políticas o gobiernos de turno, o amenazando a los servidores públicos con retirar sus activos de este sistema, provocando una desestabilización económica, que a la final afectaría la estabilidad y permanencia del gobierno en turno.

Se puede aseverar, a partir de la concepción del especialista en políticas públicas Coloma (2001), que desde la macroeconomía aplicada al derecho penal y política criminal es posible determinar que el lavado de activos afecta al sistema financiero, sin embargo, explica que esa no es una razón suficiente para su prohibición como daño social. Por otro lado, sí lo es el incremento del poder económico del crimen organizado, lo que genera un incremento de poder respecto de las organizaciones o grupos delictivos.

CAPÍTULO III

3. ANALISIS POSITIVO Y NORMATIVO DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL ECUADOR

En los últimos años Latinoamérica ha registrado una tendencia de crecimiento en el contexto empresarial y económico respecto al lavado de activos; el Ecuador presenta un alto índice de vulnerabilidad por sus características geográficas, el colindar con países que cosechan, trabajan y trafican sustancias sujetas a fiscalización (drogas), criterios expresados por el Grupo de Acción Financiera Internacional de Sudamérica “GAFISUD”, en su “Informe de amenazas regionales en materia de lavado de activos.” (GAFILAT, 2017, s.p.).

De igual manera, la moneda de uso y circulación utilizada por el Ecuador, el Dólar de los Estados Unidos de América, genera un mayor grado de susceptibilidad en las empresas ecuatorianas, puesto que se muestra como un mercado atractivo para el ingreso de fondos provenientes de actividades delictivas, principalmente narcotráfico y lavado de dinero, como lo explican Varela y Venini (p.76, 2007); las cuales actúan de manera conjunta con otras características mencionadas en el capítulo anterior. Consideramos que es preciso recordar que, el lavado de activos, como lo menciona Uribe (2003), es el conjunto de actos que se han cometido producto de un delito, el cual intenta ocultar los beneficios obtenidos del mismo; el lavado de activos se diferencia de los delitos precedentes (narcotráfico, tráfico de personas, armas, entre otros), porque estas son situaciones/actuaciones individuales y pueden resultar distintas del mismo.

3.1. Realidad nacional y evolución del lavado de activos

Como se mencionó en el capítulo anterior el “lavado de activos” es un delito que atenta contra el sistema financiero y su correcto funcionamiento, las personas y el Estado; motivo por el cual el estado ecuatoriano tuvo la necesidad de implementar normativa, con el fin de prevenir

y poder erradicar este delito. Sin embargo, pese al control exhaustivo existente contra el lavado de activos, debido a la naturaleza y las cualidades de readaptación y evolución del delito mencionadas anteriormente, existe una gran dificultad en la detección del delito; permitiendo la efectividad y pronta ejecución del “reciclaje o purgación de fondos ilegales” como lo determina Enríquez (2015, p. 16); generando una afectación a la economía del Estado.

De la misma manera Zea (2016) expresa que “se puede evidenciar las falencias que existen en la unidad de investigación de la fiscalía, ya que en muchas ocasiones se confunde los conceptos jurídicos y no se logra realizar una correcta investigación” (p. 2), hecho que entorpece, nublan e impiden la correcta investigación y continuidad del proceso, dificultando castigar la conducta del delincuente, evitando ejecutar el deber de cuidado que tiene el estado frente a la sociedad y poniendo en riesgo la integridad de los ciudadanos, personas jurídicas y el sistema financiero.

Así mismo, los métodos empleados para el lavado de activos son complejos y se los organiza y ejecuta de tal manera que impiden establecer una relación con la ilegalidad de sus orígenes; es necesario establecer que dependiendo las características demográficas, geográficas, económicas, entre otras, los métodos de estudio y reconocimiento del delito varían, es por ello que cada país (en nuestro caso el Ecuador) en virtud de sus características tiene que identificar, evaluar y tomar acciones frente a este problema, estableciendo las medidas necesarias y efectivas para combatirlo y erradicarlo.

Sobre la base del contexto anterior, el GAFI explica que cada país debería designar

(...) una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y la financiación del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial

para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen anti-lavado de activos y contra-financiación del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en el riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI (...) (Marteu, 2016, p.23).

Así mismo, Marteu (2016) explica que la autoridad designada tiene que establecer objetivos a partir de la necesidad y coordinación estratégica (evaluación e identificación del riesgo), permitiendo entender la realidad a enfrentar. Además, Zea considera indispensable estudiar ciertos factores como: las “operaciones que conlleven a disfrazar el origen ilegal de los activos, hechos que anteceden al delito, la consumación del lavado expresado en acciones como disfrute de bienes goce e inversión del capital.” (2019, p. 5-6.); buscando tener mayor conocimiento de la actividad delictiva, para poder manejar de mejor manera el problema y de consecuentemente, poder adoptar medidas que se adapten de mejor manera y permitan enfrentar la realidad del Ecuador y que éstas sean adecuadas y efectivas al momento de combatir el problema.

A partir de esa concepción, es factible analizar que las actividades inmersas en el proceso de lavado de activos en su generalidad se desarrollan siguiendo un orden, actuando bajo ciertos parámetros prestablecidos con el fin de evitar levantar sospechas respecto de estas actividades. Zea explica que los desórdenes como la acumulación de bienes, la compra y venta de inmuebles sin determinado justificativo, deteriora la credibilidad de la empresa o persona natural que los adquiera, despertando inquietud, sospecha e incrementado la posibilidad de que la autoridad competente realice una investigación respecto de los orígenes de los inmuebles y las actuaciones de las personas respecto del movimiento de capitales y negocios realizados.

Sin embargo, Perotti (2019) explica que el delincuente habitual o de pie no es visto como un sujeto apto para desarrollar este tipo de crímenes, si bien es cierto que las posibilidades para lavar dinero dependerán únicamente de las facultades y posibilidades del delincuente, es necesario en este punto establecer que el posible y potencial delincuente, el cual actuará con

mayor eficacia en el cometimiento del ilícito es aquel que entienda acerca de este contexto, aquella persona que maneja aunque sea a breves rasgos: conocimientos de economía, funcionamiento del sistema financiero nacional, respecto leyes y los organismos de control (principalmente respecto de funcionamiento). Logrando inferir que sus actuaciones podrán evadir y presentar un mayor porcentaje de efectividad, disminuyendo los costos de transacción y mejorando los resultados deseados.

El Ecuador, es miembro del GAFILAT (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica) y del GAFISUD (Grupo de Acción Financiera de Sudamérica), organizaciones que combaten y previenen el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo; en el año 2000, el GAFILAT se pronunció respecto del lavado de activos, definiéndolo como un problema que traspasa las fronteras de América del Sur, definiendo a Ecuador como uno de los lugares de mayor relevancia y atractivo para el lavado de activos por su ubicación geográfica, la cual está rodeada de países y sectores productores, procesadores y expendedores de drogas, armas y trata de personas; expresó que la lucha es compleja a nivel regional debido a la diferencia en la normativa. Sin embargo, se le solicitó implementar medidas que se adapten a la realidad particular, pero respetando e implementando los criterios estandarizados a nivel internacional, y enfocándose en:

- 1) Identificar los riesgos, desarrollar políticas y coordinación local;
- 2) Luchar contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación;
- 3) Aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados;
- 4) Establecer poderes y responsabilidades (por ejemplo, autoridades investigativas, de orden público y de supervisión) y otras medidas institucionales;

5) Mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas; y facilitar la cooperación internacional. (Marteau, 2016).

A partir de estos criterios estandarizados y las 40 recomendaciones del GAFI, el Ecuador ha optado por la transformación, creación e implementación de normas punitivas, las cuales están orientadas a brindar soluciones y luchar en contra de este flagelo. Es así como, en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador que en el artículo 393 establece el deber del Estado para garantizar la seguridad a través de políticas públicas y acciones integradas, buscando asegurar la convivencia pacífica y promover una cultura de paz; siguiendo esa línea de acción, el Ecuador optó por generar una política criminal de efectivo cumplimiento a partir de este rol garante del Estado. Como evidencia de esto, se puede apreciar:

- a) Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre de 2010, se promulgó la Ley Reformatoria de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, sustituyendo su nombre por el de Ley Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos.
- b) Cambia el nombre de Unidad de Inteligencia Financiera por el de Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE)
- c) Creación del Consejo Contra el Lavado de Activos (CONCLA), el cual funciona de manera conjunta con: Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías, Servicio de Rentas Internas, Unidad de Análisis Financiero y Económico.
- d) Estructuración del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP).
- e) Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el artículo 317 caracteriza y condena el lavado de activos; de igual manera al financiamiento del terrorismo y otras actividades catalogadas como núcleos precedentes de este delito.

Aun cuando Ecuador había adoptado estas medidas, como respuesta a la problemática existente y dado que las autoridades ecuatorianas buscaban adoptar las recomendaciones de las instituciones internacionales que combaten este ilícito evitando que el riesgo probable aumente; aún era difícil, por no decir imposible (como hasta la actualidad), el emitir cifras porcentuales respecto del dinero y de los casos relacionados al lavado de activos. Sin embargo, el Instituto de Basilea sobre Gobernanza ha propuesto un índice antilavado de activos (ALA), el cual se calcula

(...) basándose en las fuentes disponibles públicamente. Un total de 14 indicadores abordando las regulaciones de ALA/CFT, corrupción, estándares financieros, divulgación política y estado de derecho son sumados en un puntaje de riesgo general. Combinado estas distintas fuentes de datos, la calificación general de riesgo representa una evaluación holística que aborda elementos tanto estructurales como funcionales (...) (Instituto de Basilea de Gobernanza, 2016, p. 4).

De esta manera, se comprende que no existe a nivel mundial datos cuantitativos reales, confiables y disponibles acerca del lavado de activos, pues no se conoce a ciencia cierta cuantos casos existen, el monto de una o de todas las transacciones para insertar capitales sucios en el sistema financiero; lo que se puede indicar con el Índice ALA de Basilea es el nivel de riesgo que presenta un país (vulnerabilidades de lavado de activos). El índice ALA más que ser utilizado para comparar un país frente a otro, tiene como objetivo el generar una perspectiva gráfica de nivel de riesgo de un país y bajo estos resultados poder examinar el progreso o retroceso de este en el tiempo.

Es así que GAFILAT, en el año 2016 evidenció bajo el índice de ALA que Ecuador se encontraba en el puesto 86 en la tabla de puntuaciones; sin embargo, estaba dentro de los principales países que mejoraron, debido a un decrecimiento de 0.57 puntos respecto de las características del riesgo referente a la probabilidad y aptitud para el cometimiento del lavado de activos (como lo demuestra la tabla en la parte inferior de este párrafo), fenómeno evidenciado por la creación de normativa penal, a partir de la cual, se expresa que, existió

mayor certeza de los delitos cometidos, logrando un mejor manejo y procesamiento de los casos, el cual ha sido respaldado a partir de los datos contenidos en el sistema financiero nacional.

Tabla 3: Riesgo de lavado de activos - 10 principales países que mejoraron en el 2016

| País | Puntuación General 2016 | Puntuación General 2015 | Cambio en la puntuación 2015-2016 |
|--------------------|-------------------------|-------------------------|-----------------------------------|
| Kuwait | 5.54 | 6.25 | ↑ -0.71 |
| Ecuador | 5.48 | 6.05 | ↑ -0.57 |
| Seychelles | 6.00 | 6.53 | ↑ -0.53 |
| Albania | 5.04 | 5.56 | ↑ -0.52 |
| Bosnia-Herzegovina | 5.18 | 5.64 | ↑ -0.46 |
| Austria | 5.02 | 5.45 | ↑ -0.43 |
| Costa Rica * | 5.93 | 6.34 | ↑ -0.41 |
| Grecia | 5.53 | 5.83 | ↑ -0.30 |
| corea, South | 4.92 | 5.2 | ↑ -0.28 |
| Armenia* | 4.63 | 4.89 | ↑ -0.26 |

Fuente: Basel Institute of Governance, 2016.
Elaboración AML – Basel Institute of Governance, 2016.

A partir de la tabla anterior, se evidencia que el Ecuador para el año 2016 demostró la disminución de riesgo existente para el lavado de activos, en -0.57, la cual se debió a la implementación de legislación penal especializada, el trabajo realizado en conjunto por entidades gubernamentales y la colaboración mutua, permitió que el Estado ecuatoriano disminuya la probabilidad de riesgo y cumpla con su finalidad de prevenir y combatir el lavado de activos y consecuentemente el financiamiento del terrorismo y los delitos precedentes al lavado de activos (narcotráfico, armas, prostitución, entre otros). La estructuración de las entidades gubernamentales para combatir el lavado de activos (descrita en la página 73), constituyó uno de los avances más significativos.

Para agosto del año 2019, se publicó la “*la octava edición del índice AML de Basilea*”, en este documento se puede apreciar que Ecuador se encuentra en la posición 29, con un riesgo de 6.52, que es -0.05 en relación con el año anterior (2018). Estas tablas muestran las

tendencias de los Informes de Evaluación Mutua (MER) del GAFI, el cual ha explicado que durante el periodo comprendido entre los años 2018 –2019, los índices de riesgo disminuyeron someramente a nivel mundial. Sin embargo, se ha establecido que el cumplimiento técnico respecto de la adopción de medidas, implementación de normas que combatan y prevengan el lavado de activos es mayor, comprendiendo en promedio entre el 50% y el 70%.

Tabla 4: Riesgo de lavado de activos - Puntuaciones y clasificaciones de los países andinos.

| Países de América | Puntuación y clasificación | | | | |
|-------------------|----------------------------|------|------|------|------|
| | 2019 | 2017 | 2016 | 2015 | 2014 |
| Perú (58) | 5,33 | 5,25 | 4,31 | 4,39 | 4,42 |
| Colombia (43) | 5,83 | 4,57 | 4,55 | 4,6 | 4,61 |
| Ecuador (29) | 6,25 | 6,37 | 5,48 | 6,05 | 5,62 |

Fuente: Octava edición AML, Basel Institute of Governance, AML, Index 2019, 2017, 2016, 2015, 2014.

Elaboración propia 2020

A partir de los datos proporcionados anteriormente, es factible identificar que durante el lapso de los años 2018 - 2019, se logra observar que Ecuador se encuentra posicionado en el puesto 29, con un puntaje de 6.25 en el cual se demuestra una disminución del 0.5 en relación con los años anteriores. Por otro lado, Colombia y Perú se encuentran en la clasificación 43 y 58 respectivamente, sin embargo, sus puntajes son 5.83 y 5.33, en los cuales se evidencia un crecimiento respecto del puntaje anterior. Si bien el cambio del puntaje nos permite evidenciar que el único país que ha logrado una disminución es Ecuador, es imprescindible notar que el puntaje general de este es mucho mayor que los otros dos, lo cual nos permite visualizar que posiblemente las estrategias adoptadas no son suficientes o idóneas para el medio, que

posiblemente su aplicación resta efectividad al fin buscado, variantes que se tienen que ser observadas respecto de los casos concretos identificados.

3.1.1. Legislación internacional

Es preciso realizar un breve estudio de las normas que han contribuido con la implementación de las medidas adoptadas por el Estado ecuatoriano para combatir el lavado de activos, las cuales son:

- 1) Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal (1988),
- 2) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) –Convención de Viena-,
- 3) 40 recomendaciones del GAFI (1990),
- 4) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (2000) – Convención de Palermo-.
- 5) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)

3.1.1.1. 1998 - Declaración de Principios de Basilea

La Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal fue aprobada el 12 de diciembre de 1988 por el Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias compuesto por los representantes de los Bancos Centrales y autoridades de supervisión bancaria del Grupo de los Diez (G-10) (Aránguez, 2000, p. 110)

Es así como, se lo considera como el documento clave para la evolución para prevenir el lavado de activos, definido como un código de conductas que establece reglas y prácticas

para el control de operaciones bancarias, permitiendo elaborar un perfil de los clientes, el cual se base en la actuación de estos, exigiendo una identificación seria de ellos, permitiendo a las autoridades y entidades identificarlos.

Es preciso recalcar que, si bien se expidió y adoptó esta regla de conductas, existió poco cumplimiento al momento de aplicarla por el carente control que existía, principalmente debido a la falta de mecanismos existentes para el control y su sanción, desde el AED se podía evidenciar que no existía los incentivos necesarios, pudiendo evidenciar que era considerada una norma ineficaz. Sin embargo, con el pasar del tiempo se fue implementando incentivos que generaron que esta ley sea más eficaz, sea de mejor aplicación y por ende de mayor cumplimiento.

3.1.1.2.1998 - Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas - Convención de Viena

Considerada uno de los mayores logros respecto del combate frente al lavado de activos, porque es la primera legislación que estandariza y armoniza la legislación internacional respecto del narcotráfico. Es por ello por lo que autores como Ambos (2002, p.150) y Aránguez (2000) la definen como “Mutterkonvention” o la “Convención Madre”, porque es la base para la creación de propuestas internacionales para prevenir, combatir y erradicar el lavado de activos. En efecto, el artículo 3.b, que dice:

- i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos; (Convención de las Naciones Unidas de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; 1988, pp.) (El subrayado y negrillas son propias.)

Como se puede evidenciar, en la redacción del articulado se describe los tipos legales de lavado de activos provenientes del narcotráfico, criminalizando esta acción, estipulando el decomiso de los beneficios obtenidos que se derivan de este tipo penal, alienta la cooperación internacional y promueve el levantamiento del velo bancario (secreto bancario), cuando existan razones que justifiquen dicha acción. Pero, sobre todo, recomienda que los países a nivel global deberían adoptar normativa que contribuya al propósito de luchar contra el lavado de activos.

3.1.1.3. 1990 - 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional “GAFI”

Dentro del marco internacional, después de la Convención de Viena que indicaba los puntos esenciales en la política para combatir el lavado de activos, el grupo de los 7 (G-7) “conformado por los 7 países más industrializados del mundo” (Bermejo, 2009, p.257), identificaron que la problemática aún no era combatida y era necesaria la creación de un organismo enfocado en diseñar políticas que prevengan el lavado de activos “GAFI”, como lo estipula Roldan (2001, p. 205).

Es así como, el GAFI crea sus primeras normas denominadas las 40 Recomendaciones del GAFI, para combatir el lavado de activos, que integra el desarrollo de normativa penal y financiera, generando un instrumento proporcionado por una entidad privada especializada en la lucha para prevenir y erradicar este delito; dada la especificidad, el desarrollo normativo y

las características de su estructura, dado que fue realizada por expertos en prevención de lavado de activos, han permitido catalogarla y definirla como un instrumento eficaz y eficiente para combatir esta problemática. Por lo que, al pasar de los años se ha extendido y ha ido acogiendo a más miembros, creando así centrales como son “GAFI en América Central (GAFI-Caribe) y otra en América del Sur (GAFI-SUD)” (Bermejo, 2009, p. 258).

De esta manera, posteriormente se hablará de GAFILAT, organización que “agrupa a 17 países de América del Sur, Centroamérica, América de Norte y el Caribe” (GAFILAT, 2004, s.p.), el cual posee la facultad a nivel regional para desarrollar sus propios estándares para mejora regulatoria respecto de políticas nacionales que prevengan y combatan los delitos económicos. El Ecuador es suscriptor a partir del año 2000 el 08 de diciembre, época desde la cual intento implementar medidas que combatan el tipo penal.

3.1.1.4. 1992 – Reglamento modelo CICAD el reglamento / OEA

La Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD), fue la encargada de investigar el lavado de activos y su influencia en el hemisferio, plasmando sus estudios en el Reglamento modelo, que hace principal énfasis en temas como el financiamiento del terrorismo, el funcionamiento de las entidades financieras informales, el lavado de activos como un delito autónomo, así también de las técnicas de investigación propias para perseguir la delincuencia organizada, como lo describe Caparros (2018, P. 27).

Como se denotó en el párrafo anterior el reglamento enfatiza la necesidad que tienen los estados de adoptar medidas de derecho interno respecto de: Penalizar el lavado de activos en los términos previstos o similares a la Convención de Viena, ampliando el ámbito a todos los delitos graves; buscando que se castigue toda participación, así esta haya sido imperfecta al momento de su ejecución. De la misma forma, prevé la penalización simultanea de una misma persona por lavado de activos y por el delito del cual proceden los bienes que está legitimando.

De la misma manera establece: a) prever el castigo de lavado de activos con dolo directo, eventual e imprudencia; b) el decomiso y el destino de los bienes provenientes de los delitos previos, así como precautela de los intereses de terceros de buena fe; c) la creación de unidades de inteligencia especialidad en ámbito financiero por cada Estado; d) la adopción e implementación de las recomendaciones proporcionadas principalmente por el GAFI; e) el fortalecimiento de la cooperación internacional principalmente respecto de la investigación, esclarecimiento de los hechos, la persecución eficaz de las conductas imputables en este ámbito y el cumplimiento de fallos judiciales extranjeros; y f) la relativización del secreto y velo bancario.

3.1.1.5. 2000 - Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada— Convención de Palermo

Denominada un avance evolutivo de la Convención de Viena, porque adoptando sus tres tipificaciones, esta amplía su objeto material, desarrollando el delito de lavado de activos tras “un amplio abanico de figuras penales destinadas a combatir la delincuencia organizada...” (Martínez, 2005, p. 210). El contenido su artículo 6 es literalmente la propuesta de tipificación penal realizada en la Convención de Viena; mientras que el artículo 7 desarrolla: los deberes de las entidades financieras, enfocadas principalmente en temas de colaboración, la creación de una Unidad de Información Financiera, la ayuda y cooperación interestatal.

De igual manera, se puede apreciar que existe un avance significativo, que se evidencia principalmente en los artículos 12, 13, 14, debido a que en ellos se hace principal referencia al decomiso de las ganancias y bienes, así como también en la necesidad de responsabilizar a las personas colectivas que tienen personalidad jurídica, aspectos que no habían sido tratados en la Convención de Viena.

3.1.1.6. 2003 - Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – Convención de Mérida.

Es el instrumento jurídico universal, que desarrolla como objetivo principal la recuperación de activos de la corrupción, el mismo que entró en vigor en el año 2005. Este instrumento incluye aspectos de cooperación internacional y prevención del lavado de activos a partir de los textos y pronunciamientos realizados por parte del GAFI y el Comité de Basilea; enfatiza en las personas expuestas políticamente como un indicador de riesgo. Sin embargo, el avance novedoso es la recuperación de activos de la corrupción, determinando la existencia de una responsabilidad compartida de los países desarrollados y centros financieros mundiales enfatiza en el objeto de facilitar la restitución de los fondos, bienes o capital a los países a los que les pertenece, de los cuales fue sustraído.

3.1.2. Integración y evolución de la normativa

Las normas mencionadas anteriormente nos ayudan a comprender el proceso evolutivo bajo el cual se han creado y desarrollado las normas respecto del lavado de activos, permitiendo que entendamos la relación existente entre la heterorregulación comprendida como las normas legales y las autorregulatorias "compliance" del sector privado, las cuales son parte de un proceso de autorregulación regulada o corregulación. El compliance rules está presente principalmente en las instituciones financieras y hoy en día en ciertas empresas, las cuales son de cumplimiento obligatorio para los empleados y funcionarios de estas. Pieth (s.f., p. 14) establece que por un lado está la empresa la cual toma responsabilidad de sus actos, mientras que por otro asume responsabilidad de agentes que la manejan, demostrando un enfoque discrecional respecto de la acción negativa o mal enfocada por parte de sus empleados.

Es así como, las normas que nacen del compliance, poco a poco van tomando mayor relevancia debido a que se adaptan de manera más adecuada a los aspectos particulares de la

organización, por ende, se reputa que son más eficientes que la regulación pública en general, aparte existe una reducción de los costes transnacionales de adecuar la regulación general a cada una de las organizaciones privadas como lo establece Pieth (2006, p. 15). Por otro lado, se disminuye el riesgo de una errónea o ineficaz aplicación de la norma para cada empresa. La visión de heterorregulación no fue una iniciativa de los organismos o entes reguladores, sino de entes privados: el GAFI y otros, como Grupo Wolfsberg, quien ha desarrollado un código de conducta, el en el cual se ha establecido reglas/estándares para los negocios financieros y agentes enfocados en las políticas de prevención y erradicación del lavado de activos.

Es así como se presenta una duda en mí, la cual se encuentra latente en los países latinoamericanos desde hace mucho tiempo, principalmente en aquellos que rigen su derecho bajo la estricta línea del derecho continental y esta es: ¿La normativa penal adoptada por el Estado, es eficiente como un método de prevención y disuasión del cometimiento de lavado de activos?, duda que será resuelta al desarrollar la última parte de este trabajo.

3.2.Finalidades perseguidas por el Estado frente al lavado de activos.

Como hemos podido observar en la parte superior de este trabajo, existen distintos tratados internacionales, normativa nacional que se han ido adaptando a la realidad nacional y global en materia de lavado de activos. Si bien se ha demostrado la dificultad existente para el estudio del lavado de activos por su constante cambio y readaptación, es posible realizar un análisis del artículo 317 del COIP, desde el cual se pretende identificar la eficiencia normativa de este en la sociedad ecuatoriana.

El Estado ecuatoriano ha ido apegando su concepción jurídico penal a la política criminal internacional antilavado, la cual como lo establece Pariona (2015), siempre estuvo orientada a atacar las fuentes de financiamiento que permitan la existencia, continuidad, aumento y promoción de delitos graves. Es así como el derecho ecuatoriano establece que el lavado de

activos es un delito independiente, y autónomo, el cual se investiga “sin que constituya un presupuesto de procedibilidad o procedencia para el ejercicio de la acción penal, la condena previa de otro delito para sancionar al delito de lavado de activos” (Zambrano, 2010, p. 3).

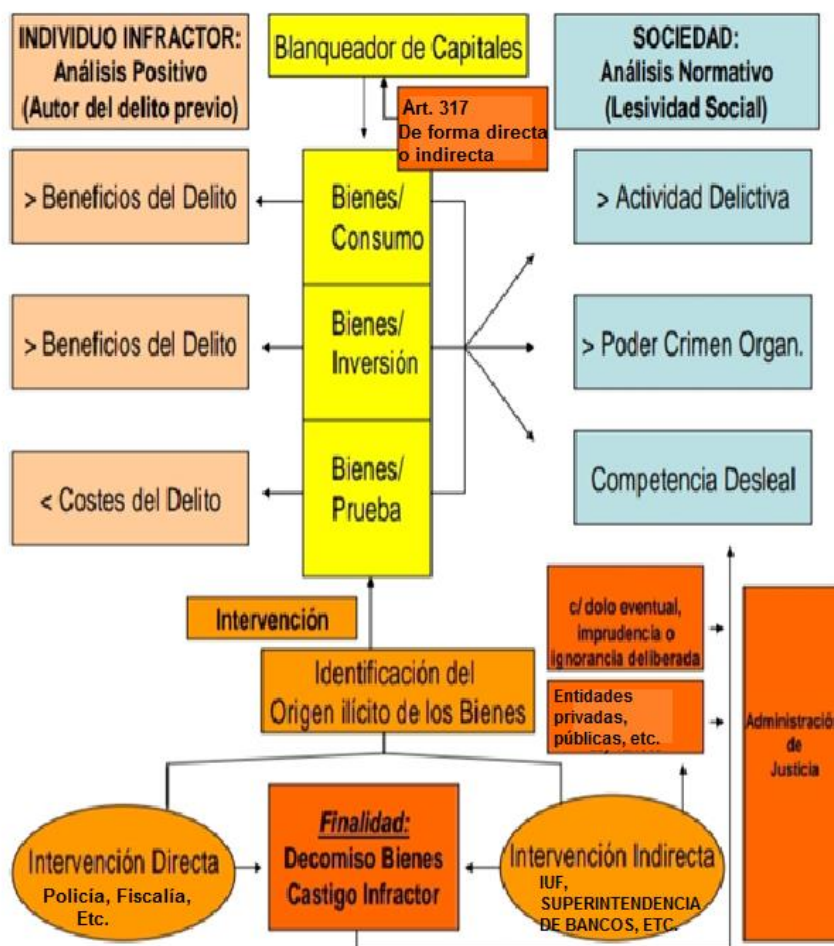
Sin embargo, al revisar las resoluciones expedidas por las cortes y los procesos de investigación por parte de la Fiscalía, en muchas de las ocasiones me atrevería a aseverar que las investigaciones y los procesos no han seguido su curso porque no se ha logrado probar un acto ilícito anterior, en tal virtud consideramos que el lavado de activos en nuestro país se encuentra ligado al origen ilícito del cual provienen los bienes.

Probablemente resulta lógico, dado que como se explicó en la parte de los instrumentos internacionales (principalmente según la Convención de Palermo), el delito como tal del lavado de activos nace por la necesidad de *intensificar la lucha contra los delitos graves y la criminalidad organizada*. Según Blanco, Caparros, Prado y Zaragoza (2006), el blanqueo es definido como un delito artificial y un instrumento utilizado para combatir el delito organizado, los delitos previos, poder demostrar el origen ilícito de esos delitos e intimidar a la persona que brinde facilidades para el disfrute de dichos bienes económicos y sus frutos.

3.2.1. Actuación del Estado - ámbito penal

Por consiguiente, se seguirá la línea argumental representada en el cuadro debajo de este párrafo. Si bien a partir del año 2014 se ha tratado el de lavado de activos como un delito autónomo, es posible identificar que, en la mayoría de los casos el fin cercano es detectar los bienes derivados de alguna actividad delictiva, el fin último que tiene el Estado es poder utilizar estos bienes como prueba de un delito precedente (entendido como aquel origen del dinero) y poder decomisarlo. De esta manera, el Estado a través de sus distintos órganos intenta reducir los daños ocasionados por estos bienes y resguardar a la sociedad ecuatoriana.

Figura 2: Finalidad del Estado respecto del Lavado de activos.



Fuente: Cuadro adaptado de Bermejo, M. (2009, p. 274).

Este cuadro representa la estructura que se ha desarrollado en el transcurso de este trabajo de investigación. En la parte superior se encuentra, como eje central del delito, el blanqueador de capitales, como predecesor está el autor del delito previo, y al contrario de este, el ‘evitador’, quien al actuar de manera imprudente contribuye con este proceso de blanqueo. De esta manera, es posible evidenciar que el lavado de activos busca ocultar el origen ilícito de donde procede el dinero, intentando alcanzar dos fines: a) permitir el goce de los bienes y aumentar el beneficio producto de la actividad lícita; y b) disminuir los costes (riesgos), evitando que estos sean utilizados como prueba del delito precedente.

En efecto, se puede visualizar la afectación que causa la inserción de bienes procedentes de actos ilícitos en el sistema económico legal, como son: acrecimiento de beneficios del capital producido por el ilícito precedente; posicionamiento de grupos de crimen organizado; autores como Zambrano (2010) consideran fuertes efectos anticompetitivos del mercado en ciertos casos; y finalmente, crea imposibilidad de rastrear el origen de los ilícitos, impidiendo que estos sean utilizados como prueba respecto de estos delitos. De esta manera, siguiendo los parámetros internacionales de colaboración y buscando disminuir el riesgo y efectos mencionados; el Ecuador, en el COIP lo tipifica como delito de la siguiente manera:

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

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

El lavado de activos se sanciona con las siguientes penas:

1. Con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando el monto de los activos objeto del delito sea inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.
2. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir. Con pena privativa de libertad de siete a diez años, en los siguientes casos:

a) Cuando el monto de los activos objeto del delito sea igual o superior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

b) Si la comisión del delito presuponga la asociación para delinquir, sin servirse de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.

c) Cuando el delito sea cometido utilizando instituciones del sistema financiero o de seguros; instituciones públicas o dignidades; o, en el desempeño de cargos directivos, funciones o empleos en dichos sistemas.

3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años, en los siguientes casos:

a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

b) Cuando la comisión del delito presupone la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.

c) Cuando el delito ha sido cometido utilizando instituciones públicas, o dignidades, cargos o empleos públicos.

En los casos antes mencionados, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso.... (COIP, 2020, art. 317). (El subrayado es propio, verbos rectores)

3.2.2. Realidad ecuatoriana respecto del lavado de activos

En la primera parte del articulado podemos observar aproximadamente veinticuatro verbos que contiene el tipo penal del lavado de activos, es bastante amplia y “trata de abarcar todas las conductas del *iter criminis*: el planteamiento, la ejecución y el gozo o uso de esos dineros que se hayan obtenido, producto de un acto ilícito” (Vega, 2019). Es preciso mencionar que el artículo en esta primera etapa es muy similar a la versión colombiana, quienes al igual que nosotros tipifican este delito en el artículo 323 del Código Penal, que según Hernández (2019) “es un tipo demasiado amplio... Es decir, fácilmente se podría caer en un lavado de activos sin conocerse... tiene una cantidad de verbos rectores, como 15...”.

En ambos casos, se puede apreciar que el tipo penal en su primera parte expresa una estructura semejante en cuanto a los verbos rectores y las actividades con las que se encuentra ligado; la razón de esta similitud en la normativa de la región. Respecto de la legislación peruana podemos aseverar que

Sin perjuicio de decir que son legislaciones similares, ósea estamos hablando de legislaciones que a la vez tienen cierto grado de diferencia, por ejemplo, mira, justo estoy tratando respecto de la regulación de ustedes. Ustedes tienen por ejemplo una orden de modalidad delictiva, nosotros tenemos un tipo penal bastante más consolidado, muy parecido al modelo español, al modelo alemán. Ustedes tienen una tipología, digamos, mucho más difuminada, mucho más casuística, que la general que se pueda tener en otros países. Pero en términos generales abarca el mismo universo de comportamientos abarca las características que he mencionado... (Caro; 2019) (el subrayado es propio)

De esta manera, el Dr. Caro Coria (2019) expresa que el enfoque legislativo “está muy enfocado en las cuestiones de riesgo del sistema americano...”, información que fue ratificada como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Normativa penal de activos de la CAN fundamentada en resoluciones de entidades internacionales

(I)

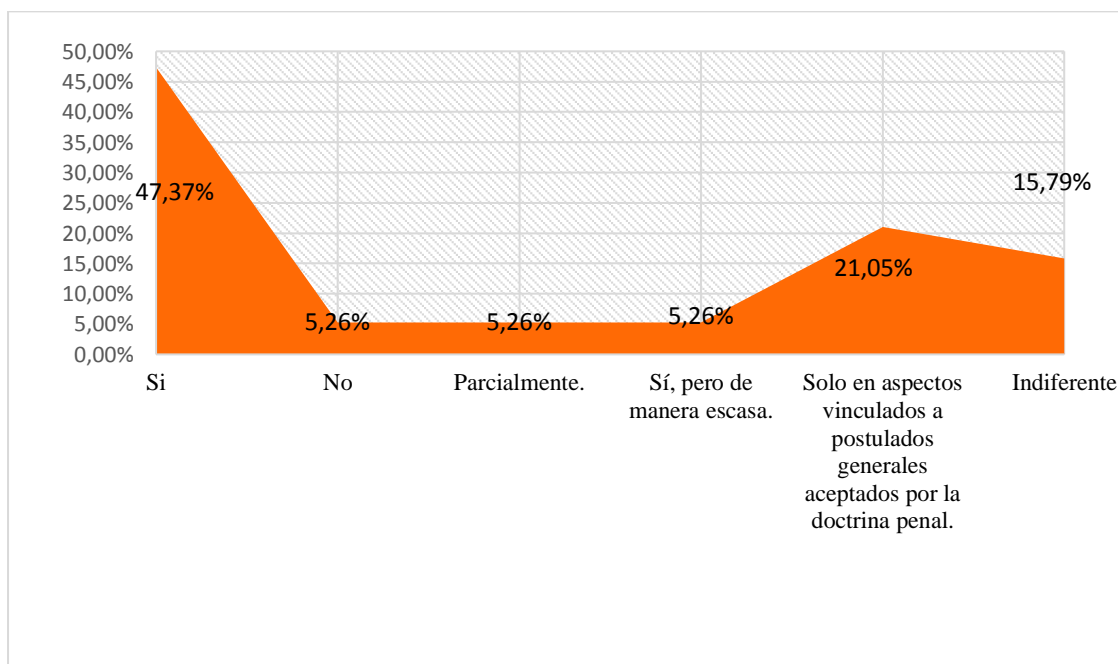


Tabla 5: Normativa penal de activos de la CAN fundamentada en resoluciones de entidades internacionales

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|------------|----------------|
| Si | 9 | 47,37% |
| No | 1 | 5,26% |
| Parcialmente. | 1 | 5,26% |
| Sí, pero de manera escasa. | 1 | 5,26% |
| Solo en aspectos vinculados a postulados generales aceptados por la doctrina penal. | 4 | 21,05% |
| Indiferente | 3 | 15,79% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

Como podemos apreciar a partir del cuadro, se puede evidenciar que el 47,37% de las personas consideran que la normativa de los países latinoamericanos ha enfocado y ha apegado su legislación a las recomendaciones y parámetros internacionales; el 21,05% considera que la legislación ecuatoriana ha basado su legislación únicamente a los postulados generales; el 5.26% piensa que existe una escasa influencia; seguido de un 5.26% que dice que es parcial; y finalmente un 5.26% que considera que no está apegada a los ordenamientos internacionales, principalmente la influencia Norteamericana.

Por tal motivo, se puede decir que la normativa se encuentra enfocada desde la visión de riesgo americana, logrando inferir lo mencionado por el Dr. Caro Coria (2019), que expresa que en la región el enfoque legislativo “está muy enfocado en las cuestiones de riesgo del sistema americano...” el cual obviamente se puede “tomar como referencia, pero no se puede reproducir; lo que tiene que haber es un análisis país por país, de su propio nivel de exposición al riesgo”. Factor que desde nuestro punto de vista es de gran importancia e indispensable a tomar en consideración por el legislador, dado que el riesgo es distinto dentro de un mismo país, el riesgo respecto de una zona a otra puede variar, sin embargo, dentro de un mismo país

los factores que son más específicos y característicos que los proporcionados e utilizados a nivel global.

En consecuencia, los países tendrían que analizar y realizar un estudio pormenorizado de las características propias; por ejemplo, el Dr. Caro expresa que “en Perú uno de los factores claves para lavar dinero es la minería ilegal, yo no sé si lo hacen en Ecuador, de hecho, en Chile no es un problema, de hecho, en Argentina no es un problema.” (2019). Desde esta concepción es necesario que cada país pueda variar el mapa de riesgo, la exposición frente al riesgo. Desde mi perspectiva y las descripciones características del Ecuador y su sociedad, existen factores que han sido observados y desarrollados de manera amplia, como son el caso de las entidades bancarias, entidades financieras no bancarias, mutualistas, prestamistas, entre otras; sin embargo, existen ciertas características que han sido inobservadas, como son las casas cambiarias, la inyección de capital en almacenes de productos de consumo masivo, las personas públicas, pequeñas empresas productoras de alimentos, florícolas entre otras.

De esta manera, es importante a desarrollar este aspecto porque como mencioné anteriormente es el problema frente al riesgo en la región es distinto y diferente al que existe en Norteamérica. Consecuentemente, se entiende que adoptar un modelo externo genera ineficiencia al momento de aplicar la ley, debido a que está no se adecua de manera óptima al medio donde se va a aplicar, donde se va a ejecutar dicha ley y evidentemente generará un mayor costo e ineficiencia al momento de interpretar, aplicar y ejecutar esta ley.

3.2.3. Justicia ecuatoriana en el contexto de lavado de activos – enfoque económico

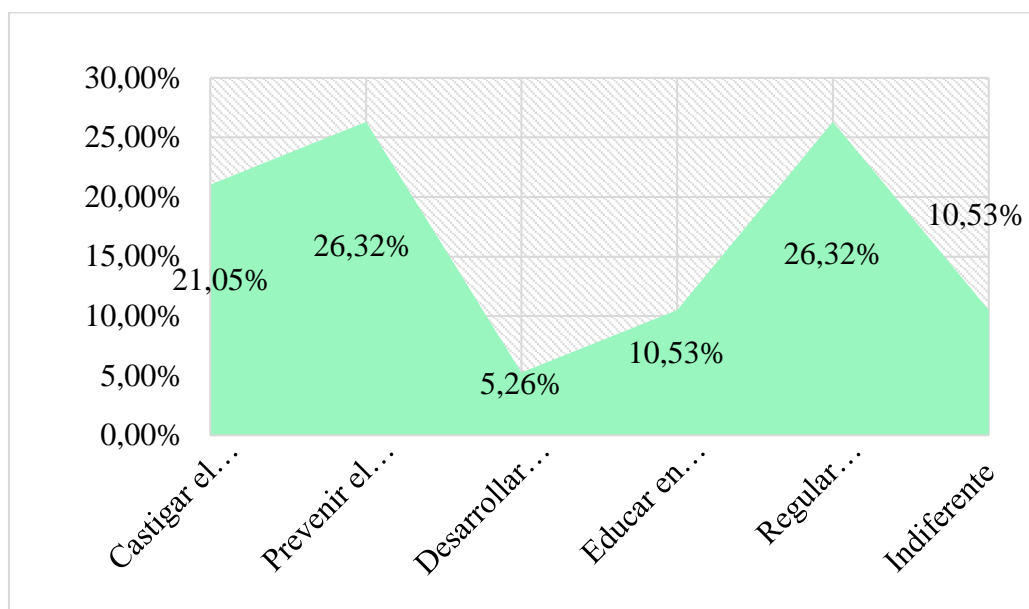
A partir del problema anterior se puede afirmar que es indispensable estudiar y entender el medio en el cual se va a aplicar una ley, desde el mismo instante en que se va a formular una ley. Consideramos que es trascendental concebir el artículo 317 del COIP, a partir del AED y la psicología, según lo establece Miltenberger (2013) al establecer la normativa

penal, en este caso el artículo mencionado, como un método de modificación de conducta. Esto debido a al enfoque conductista de la psicología, el cual se encuentra ligado al AED, donde se establece que “la conducta está controlada por los acontecimientos del ambiente” (Miltenberger, 2013, p. 35).

De esta manera, justificamos que es necesario identificar los estímulos existentes en nuestro país, enfocándonos en el artículo 317, más aún si entendemos que el comportamiento del hombre como se mencionó anteriormente es producto de un pensamiento económico, el cual se desarrolla también desde la psicología, como un conjunto de “procesos básicos de condicionamiento respondiente” (Miltenberger, 2013, p. 35). Así, por primer condicionamiento o estímulo se puede concebir a las características para cometer el delito (actividad económica, intereses personales, facilidad de ingresar al medio); por otro lado, como segundo condicionamiento o estímulo, se puede concebir a la norma (art. 317), dado que esta puede estar enfocada a cambiar este tipo de conductas problemáticas según los expertos Carr y Austin (2011), citado por Miltenberger (2013, p.37).

Desde la concepción del AED y la psicología, es entendido que en este caso la norma puede ser concebida no solo como la descripción de un delito, una tipología la cual en el caso de que se cometa el delito esta sirva únicamente como base en el cual se subsuma las características de la actividad cometida por el posible delincuente, con el fin de adecuar su conducta a la norma y castigar dicha acción. Sino que puede ser entendido como un fin método de prevención para el cometimiento a futuro del ilícito, el cual es definido como “la prevención de problemas que afectan a la comunidad con técnicas de modificación de conducta” (Miltenberger, 2013, p. 39).

Pensamiento que es compartido por un gran número de los especialistas como se puede evidenciar a partir del siguiente cuadro:

Gráfico 2: Líneas de acción del estado para combatir el lavado de activos**Tabla 6:** Líneas de acción del estado para combatir el lavado de activos

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|------------|----------------|
| Castigar el acto de lavar activos o blanqueo de capitales. | 4 | 21,05% |
| Prevenir el acto de lavar activos o blanqueo de capitales. | 5 | 26,32% |
| Desarrollar modelos de investigación penal y apoyo para casos internacionales. | 1 | 5,26% |
| Educar en materia de lavado de activos a los entes económicos / agentes productivos (empresas, otros). | 2 | 10,53% |
| Regular aquellos escenarios donde se verifica una mayor propensión a la comisión del delito de lavado de activos. | 5 | 26,32% |
| Indiferente | 2 | 10,53% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

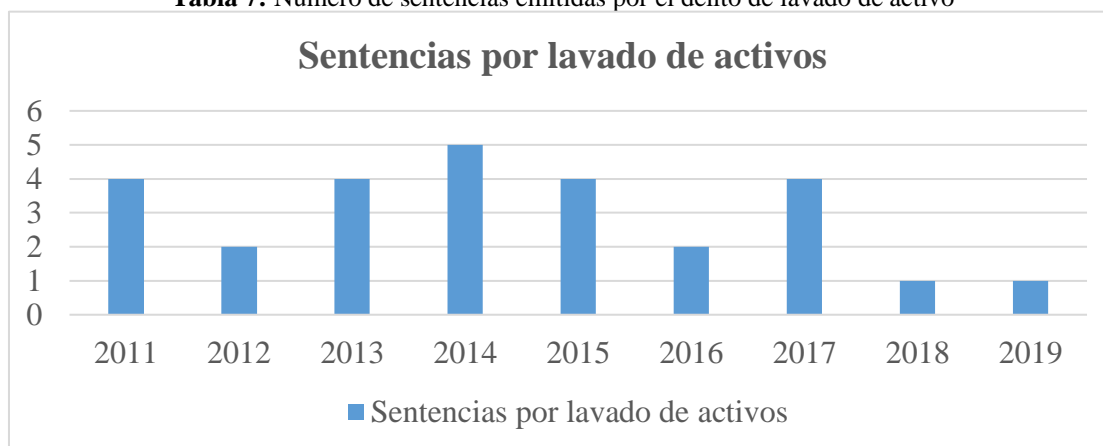
Como podemos observar en el gráfico y datos anteriores en primer lugar, con 26,32%, cada uno, los expertos consideran que la línea de acción que debe tomar el estado es por un lado el prevenir acto el lavado de activos, el cual se encuentra estrechamente ligado con el poder regular los escenarios donde se verifica una mayor propensión a la comisión del delito. En tercer lugar, con el 21,05% se encuentra el castigo de blanqueo de capitales, de lo que

podemos inferir que los profesionales consideran que sería mejor el prevenir, el anticipar, que la sociedad tenga presente que es un delito el lavar dinero, antes que se imponga y presente únicamente la imposición de la sanción.

Seguido, con 10.53% se concibe la necesidad de educar en materia de lavado de activos a los entes económicos y agentes productivos, concepción que se encuentra estrechamente ligado a la concepción de prevenir, por no decir que es parte de este. Finalmente, con 5,26% se encuentra el desarrollo de modelos de investigación penal y apoyo para casos internacionales; lo que desde mi concepción se puede entender es que, si bien es importante la ayuda y apoyo internacional, en primer lugar, se debería trabajar en identificar y desarrollar acciones efectivas que combatan el lavado de activos dentro del territorio nacional.

Al mismo tiempo, es necesario recordar que la pregunta base y el objetivo de este proyecto es determinar si la estructura del artículo 317 del COIP es un método eficiente para disuadir y prevenir el cometimiento del lavado de activos, y consideramos que una de las mejores maneras de evidenciar esto es revisando las cifras que reposan en las entidades públicas, razón por la cual se ha realizado un análisis a partir de los datos que se han proporcionado por la Fiscalía General del Estado.

Tabla 7: Número de sentencias emitidas por el delito de lavado de activo



Fuente: Fiscalía General del Estado, Sistema de Actuaciones Fiscales (SIAF); Fecha de corte 04 de junio de 2020.

A partir del gráfico podemos evidenciar que el número de sentencias tanto antes como después de la vigencia del COIP (año 2014), no ha variado significativamente, pues la media por año no sobrepasa las cinco sentencias por año. Sin embargo, es preciso mencionar entre el año 2011 y 2020 la Fiscalía conoció alrededor de 461 casos (SIAF). Sin embargo, para facilitar el campo de estudio tomaremos como referencia aquellos procesos que se iniciaron entre el año 2014 y 2018 donde se registraron “62 delitos de lavados de activos” según Salazar (2018; sp.); de estos, 26 fueron flagrantes y en apenas 8 se obtuvo sentencia condenatoria.

Gráfico 3: Desglose del historial de lavado de activos

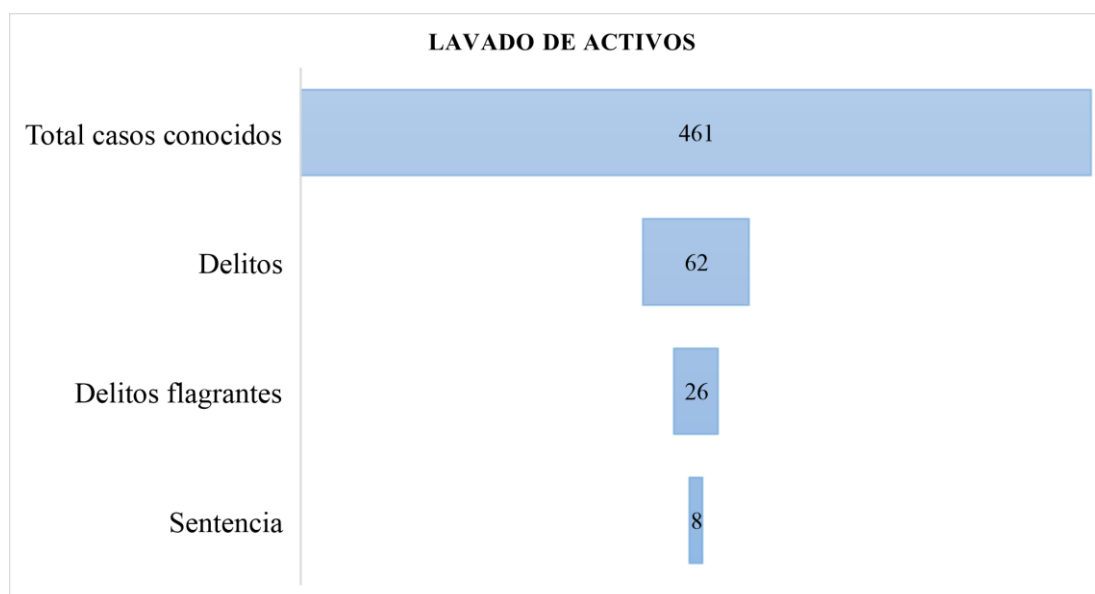


Tabla 8: Desglose del historial de lavado de activos

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---------------------------|------------|------------|
| Total, de casos conocidos | 461 | 100% |
| Delitos | 62 | 13% |
| Delitos flagrantes | 26 | 6% |
| Sentencia | 8 | 2% |

Fuente: Sistema de Actuaciones Fiscales (SIAF), obtenido el 4 de junio de 2020; Elaboración propia 2020

En tal virtud, podemos evidenciar que existe un porcentaje muy reducido de sentencias condenatorias, en este caso apenas son 8 sentencias en relación de 26 procesos iniciados, lo cual representaría apenas el 30% de los que son considerados delitos flagrantes; estas mismas sentencias en relación con el número de procesos que conoce la Fiscalía apenas representa el 02% de estos casos conocidos.

De esta manera, el problema evidente respecto del tipo penal de “lavado de activos” en Ecuador es preocupante como se puede apreciar a partir de los datos obtenidos del repositorio de la Fiscalía; sin embargo, al comparar la realidad de nuestro país frente al riesgo para lavar que presentan países de la región (cuadro citado anteriormente respecto del Instituto de Basilea), se evidencia que es un problema de la región. Pensamiento que es compartido por el Dr. Caro, quien supo manifestarme que Ecuador y Perú presenta problemas similares y esto se debe a que somos países que “no estamos tan lejos en términos de realidad; *lo que hay es mucho lavado y pocos casos de condena*” (2019).

Además del problema mencionado anteriormente, es preciso mencionar que ese problema, va mucho más allá, puesto que en los casos mencionados anteriormente (8 sentencias),

...aunque debería haberse impuesto penas de siete a diez años de cárcel tomando en cuenta el monto de cien salarios básicos, en por lo menos dos casos, esto no se cumplió. En los cinco casos en los que el monto del perjuicio supera los doscientos salarios básicos unificados, la pena debió ser de entre diez y 13 años, pero cuatro de los cinco casos recibieron penas inferiores a diez años, lo que contraviene la norma legal. (Salazar, 2018, s.p.).

Efectivamente se hace evidente un problema en el sistema de justicia al hablar de lavado de activos, mismo que puede provenir de dos aspectos: el primero, un problema proveniente de la norma o que está proporciona estímulos poco proporcionales respecto de este delito; el

segundo viene más relacionada a la práctica y ejercicio de los administradores de justicia y la fiscalía, puntos que se desarrollaran a continuación.

3.3.AED tradicional y ponderación costo-beneficio del delincuente en el contexto ecuatoriano

Recapitulando, en el Ecuador, en agosto de 2014 entró en vigor el COIP, el cual contenía el artículo 317 que tipificaba el delito de lavado de activos, como parte de la política adoptada por el estado para combatir este delito y sus fuertes influencias con otros como son principalmente el narcotráfico, el terrorismo (en relación con EE. UU.) y otros tipos penales. En consecuencia, podemos encontrar el delito tipificado dentro del COIP, en el capítulo quinto denominado “delitos contra la responsabilidad ciudadana”, en la Sección octava “Delitos económicos”, el cual desde nuestro punto de mi vista pretende proteger principalmente el sistema económico.

En función de lo planteado podemos evidenciar que el artículo es bastante amplio pues posee 24 verbos rectores como son el tener, adquirir, manifieste, administre, preste su nombre o el de la sociedad o empresa, entre otros. En tal virtud, se puede decir que esta primera parte del artículo abarca una gran parte del *iter criminis* (camino del delito), debido a la estructuración de la norma, donde se evidencia de manera amplia la descripción de las acciones y conductas que la persona tendría que ejecutar para subsumir su conducta en la norma. Consideramos que la amplitud del tipo penal en cuanto a la descripción de este delito permitiría en teoría combatirlo, dado que en derecho penal es necesario aplicar la norma al tenor literal y no se puede realizar interpretaciones extensivas.

Es conveniente recordar que el AED conciben a la conducta delictiva de una persona a partir del pensamiento económico racional, estableciendo que cada persona es un maximizador de su interés propio, como lo establece Bentham (Citado por Becker; 1974, p.25). Como se

explicó en los capítulos precedentes, el individuo de manera muy primaria pero eficaz realiza un análisis costo-beneficio de las posibilidades que se le presentan, la cual puede ser modificada o incentivada por los estímulos que el entorno le proveen en este caso la norma y el sistema de justicia. En este punto se considera las ganancias que obtendría, las cuales tendrían que ser mayores a las obtenidas en su vida normal y la realización de una actividad legal; por otro lado, los costes generados por el cometimiento del delito, en los cuales se considerará el castigo y su severidad, la aplicación de las sentencias y las posibilidades de ser capturados, sancionados, factores que analizaremos más adelante.

3.3.1. Beneficios concebidos por el potencial delincuente

Con el fin de poder entender de mejor manera el AED y el análisis costo-beneficio se tomará como referencia y medio didáctico los siguientes casos: primer proceso: 09286-2016-025xx y segundo caso: 09225-2018-002xx (el nombre de los procesados se mantendrá en reserva). Los procesos se irán analizando respectivamente en cada uno de los puntos, mencionando la descripción del proceso y consecuentemente realizando un análisis respecto de estos:

- a. Las características del primer caso son la conformación de dos empresas, las cuales poseen 9 involucrados, declarando a 5 culpables, donde el monto global del capital fue de 585 millones de dólares en el lapso de 6 años, por concepto de explotación ilegal y exportación de oro a EE. UU. (12.84 toneladas) siendo objeto de investigación el año 2105 con 5.43 toneladas, para lo cual se utilizó varias maniobras contables, financieras y tributarias, donde se alegó la existencia de dos delitos previos: minería ilegal y falsedad de los RISES. Estableciendo que se puede juzgar la conducta ilícita durante el período del año 2015 – 2016, donde no se puede justificar el aumento de activos valorados entre 3 – 5 millones de dólares.

- b. En el segundo caso, por medio de una denuncia se requisó un vehículo en el cual se encontró camuflado en las llantas 360 mil dólares, los cuales se cree que provienen de negocios ilegales con las supuestas llamadas vacunas (cantidad de dinero que se obliga a los locales comerciales de ciertos poblados a otorgar por grupos irregulares, actividad principalmente presente en la frontera), extorsión y expendio de sustancias psicotrópicas.

Con el objeto de explicar el beneficio concebido, si bien no podemos saber con certeza todo el pensamiento del delincuente para actuar, podemos inferir que el centro de sus operaciones y el beneficio que concibieron en su generalidad son medibles en valores monetarios, en el primer caso el aumento de capital de 5 millones de dólares y en el segundo 360 mil dólares; el segundo aspecto económico es medible en valores de temporalidad, en ambos casos el periodo de tiempo invertido es relativamente corto, en el primer caso son 3 años de trabajo y en el segundo caso es un mes de operaciones.

En consecuencia, podemos dilucidar mucho más allá en el pensamiento del potencial delincuente, posiblemente el delincuente consideró que, entre el costo y beneficio a percibir, era mayor el beneficio. Dado que es un trabajo que no requiere mucho tiempo y el ganancial económico sobrepasa el umbral de los trabajadores en el Ecuador; en tal virtud, considerando sus posibilidades, las oportunidades del momento y los costes que (analizaremos en el siguiente punto), percibió y consideró que el beneficio era mayor que el costo, por ende, ejecutar la acción, pese a asumir ciertos costes, pues resulta eficiente y atractivo y finalmente beneficioso.

3.3.2. Costes concebidos por el delincuente a partir de la norma

En la segunda parte del artículo encontramos las sanciones establecidas para el tipo penal del lavado de activos, las cuales a partir del AED son los costes establecidos en la norma, dado que son valores que tienen que ser asumidos por quién cometió el ilícito. Según Becker (1974, p, 35) los costos del crimen son apreciables en unidades de tiempo relacionadas con la

cárcel y unidades monetarias que recaen principalmente sobre los bienes tangibles sobre los que recae.

En el artículo 317 podemos evidenciar ambas unidades, en primer lugar, la sanción privativa de la libertad que tiene relación con las unidades de tiempo, la persona pagará con un aislamiento de la sociedad; en segundo lugar, se encuentra la sanción medible en valores monetarios como son la imposición de una multa que consiste en pagar el doble del valor del ilícito, el comiso, la disolución y liquidación de la persona jurídica, aspectos que recaen sobre los bienes materiales del ilícito.

La segunda parte del ilícito puede ser representado de la siguiente manera:

Figura 3: Dosificación de la pena de lavado de activos

| Monto de Lavado de activos | Sanción Privativa de libertad (Unidad de tiempo-años) | | Sanción pecuniaria (unidades monetarias) | Otros |
|----------------------------|---|---|---|---|
| < 100 SBU | 1-3 | | Multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito | Persona natural: comiso, embargo, perdida de derechos de participación y políticos, derecho a la libertad. Persona jurídica: Multa, comiso, clausura (temporal o definitiva), seguimiento judicial, disolución y liquidación, prohibición de acceso a ciertos contratos. |
| ≥100 SBU | 5-7 | (no asociación-delinquir) | | |
| | 7-10 | Asociación para delinquir, sin constitución de sociedad o utilización legal; utilizando institución- Sistema financiero, seguros, instituciones pública o trabajadores. | | |
| > 200 SBU | 10-13 | Asociación - constitución de sociedades o utilización legal. Inst. públicas o empleados. | | |

Fuente: Adaptación del COIP art. 3117, 64, 65, 68, 69 (2020).
Elaboración propia 2020

3.3.2.1. Costes de la norma medidos en unidades de tiempo

A partir de la representación anterior de las penas, podemos evidenciar los costes que un potencial delincuente avizora como “costes producidos de la conducta delictiva”. La norma tipifica un sistema de dosimetría de la pena contemplado en la constitución, el mismo que dependiendo el grado de lesividad o daño, medido en la valoración monetaria producto del ilícito; es así como a partir del artículo existe un mínimo (piso) y máximo (techo) en relación con este monto. Es necesario mencionar que el ilícito y las penas impuestas tendrán que ser analizadas juntamente con las circunstancias descritas en el COIP como atenuantes y agravantes.

En el gráfico se ha utilizado tres variables de tonalidades para describir la proporcionalidad de la pena desde el pensamiento económico y psicológico del humano. El color amarillo es la pena de menor grado impuesto, si bien representa un costo que es la pérdida de la libertad, es en menor grado; en segundo lugar, el color anaranjado representa una sanción por una extensión de mayor tiempo, lo que significa un coste mayor a los ojos del posible delincuente. Finalmente, de color rojo se ha subrayado la pena de mayor grado, el nivel de afectación es mayor. Los colores representan una advertencia en el pensamiento del delincuente, siendo el amarillo una alerta donde el coste es menor, siendo menos aversiva a los ojos del delincuente, mientras que el color rojo representa el coste más elevado, priva por mayor cantidad de tiempo al delincuente de su libertad.

A partir del pensamiento de la psicología de la conducta el castigo es un estímulo aversivo o punitivo, “es una consecuencia que hace que una conducta en particular tenga menos probabilidad de repetirse en el futuro” (Miltenberger, 2013, p. 122). En este caso el estímulo punitivo o aversivo sería el dictado mediante la sentencia que condena a la pérdida de su derecho de libertad, lo que daría como consecuencia la respuesta conductual la reducción de la

probabilidad de ocurrencia de la conducta en el futuro, dado que la repetición o ejecución de esta conducta por una persona, conduciría a que se presente e implante el estímulo aversivo, la sanción en los siguientes casos. Se debe considerar que un castigo tiene que provocar la disminución del ejercicio de la conducta, o reducir el comportamiento de interés.

A partir de estos preceptos analicemos la conducta aversiva en relación con los procesos tomados como medio de estudio:

a. Primer caso

En el primer caso, donde existió la participación de 9 personas en el cometimiento del ilícito, la pena del tribunal impuso a la 5 de esas personas la sanción de 11 meses de privación de la libertad. Es preciso recalcar que el juez acotó que antes del COIP no existía lavado de activos y que la motivación de su decisión se realiza a partir de los hechos sucedidos durante el lapso de los años 2015 – 2016.

Sin embargo, no explica la proporcionalidad o la motivación de la pena, únicamente menciona que se tomará los 3-5 millones de dólares referentes a compras injustificados, para poder resolver el caso. Finalmente, cuando el proceso fue a casación se reconoció la libertad de los procesados por falta de pruebas y contradicción en la teoría del caso, aduciendo que es deber de Fiscalía el poder demostrar un delito precedente o el origen ilegítimo de los bienes

Sala de lo Penal que consta en la Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI. No. 1. p. 43, señala lo siguiente: "...que obliga al Tribunal a tener certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo, sólo con la certeza, se podrá dictar sentencia condenatoria en cuanto al delito suficientemente comprobado. La certeza es íntima convicción, es seguridad y fijeza en el conocimiento y este elemento extremadamente necesario no puede ser soslayado en una sentencia condenatoria...". Taruffo Michele, < > cit. p. 399,

De esta manera, podemos evidenciar que en la sentencia de juzgamiento no existió una motivación o adecuación relacionada con la pena descrita en el tipo penal; de la misma manera es inconcebible que sin existir un hecho demostrable se haya declarado la culpabilidad de los potenciales delincuentes. Sin embargo, se declara culpabilidad, se dicta una sentencia y se establece una pena que no es acorde ni siquiera a la teoría del caso realizada por la fiscalía.

Conforme a estas circunstancias, surge esta pregunta ¿existe certeza de la sanción o pena impuesta en relación con la conducta del delincuente? Desde mi percepción me atrevería a decir que no, es evidente que en este proceso se puede apreciar un sin número de falencias respecto de fiscalía, de la actuación del tribunal, de la cooperación en conjunto de las entidades estatales. Sin embargo, nuestro enfoque se realiza en la aplicación de la norma como un sistema de prevención y eficiencia.

De esta manera, es evidente que no se puede tomar la aplicación de la norma en este caso como un ejemplo de un sistema de prevención o un método disuasivo de la conducta, la inexistencia de certeza acerca de una pena apegada a la ley o peor aún de un proceso donde la valoración de los elementos de prueba ha sido inobservada, eliminando todo principio de seguridad jurídica, de legalidad, del debido proceso en materia penal.

Como consecuencia, la sanción es ineficiente para la sociedad y para el delincuente, primero porque el coste que se introdujo como estímulo aversivo no genera el fin buscado, dado que la pena es mínima y es incoherente con la norma. Desde la concepción económica representa un costo bastante básico o insignificante en relación con la conducta cometida, relación aproximada de más de 600 mil dólares obtenidos ilegalmente durante un año por persona frente a 11 meses en la cárcel parece ser un costo insignificante, más aún para el delincuente que es habitual.

b. Segundo caso

El monto del dinero oculto en las llantas y puertas del vehículo sumaba la cantidad de 360 mil dólares, siendo aproximadamente 960 SBU el monto del delito. En este caso, el proceso tuvo una investigación previa donde fiscalía supo indicar y verificar que el dinero procedía de estafas y el expendio de sustancias sujetas a fiscalización; hechos que se demostraron mediante la extracción de información de teléfonos (mensajes, llamadas telefónicas, entre otros), el vehículo incautado y testimonios de los afectados.

La resolución del tribunal fue declararlo culpable del delito e imponer pena privativa de libertad de 11 años, motivándola en el literal a del numeral tres del artículo 317 del COIP, referente a las penas, respetando el principio de legalidad penal. De esta manera es perceptible que el delincuente asuma y avizore esta sanción o castigo como un coste proporcional a la conducta ejercida, generando un precedente en el pensamiento del delincuente y de la sociedad.

De esta manera, el precedente viene relacionado estrechamente con la concepción del correcto desarrollo del sistema de justicia, el mismo que se encuentra ligado con la correcta imposición de la sanción, permitiendo observar a los otros agentes de la sociedad avizorar las consecuencias de dicha sanción. De este modo, el estímulo aversivo cumple con su fin, el de ser utilizado como un método disuasivo de la ejecución de esta conducta, puesto que demuestra que el cometimiento de esta conducta se castiga.

3.3.2.2. Costes de la norma medidos en valoraciones monetarias

Cuando hablamos de los beneficios concebidos por el delincuente se divisó que entre todos ellos el más importante y fundamental dentro del cometimiento del lavado de activos, es que la inserción de los capitales de origen ilícito en el sistema financiero genera un incremento de los beneficios esperados; de manera conjunta o consecuente incrementa el poder y

posicionamiento de los grupos y organizaciones delictivas, produce efectos anticompetitivos y permite la ocultación, enmascaramiento del delito precedente.

Por esta razón el estado como un método de disuasión y reducción de los efectos mencionados persigue el comiso de los bienes, la imposición de una multa (referente al doble del valor del ilícito) y en ciertos casos la disolución y liquidación de la persona jurídica cuando esta se creó con el fin de cometer el delito. Acciones que desde el AED y la visión económica del derecho son tomadas como estímulos que representan un coste ante el delincuente y reduzcan el beneficio del delito y consecuente el efecto criminógeno.

De acuerdo con la metodología del AED, las medidas mencionadas anteriormente funcionan como un instrumento disuasorio frente a los potenciales delincuentes, como lo explica Posner (s.f., 223) al hacer referencia cuando a un ladrón se le obliga a devolver lo robado, así la víctima no lo solicitara. Lo que se busca es presentar a la sociedad que el cometimiento de delitos no enriquece a ninguna persona; con la norma existe un costo mayor al esperado, eliminando los beneficios antes imaginados y volviéndolo menos atractivo.

El artículo en su parte final evidentemente elimina o reduce el beneficio esperado, al expresar que el lavado de activos a más de la pena privativa de libertad “se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito...” (COIP, art. 317, 2019). Evidentemente se pierde el objetivo prioritario de este ilícito que es incrementar el beneficio y fruto de los activos.

De alguna manera el objetivo disuasivo mediante la norma es poner en práctica el famoso proverbio “*el crimen no pagan*”. Ejemplificando a partir de lo expuesto en la norma, la imposición de la multa y comiso, resultarían eficaces en el 100% de los bienes, generaría un efecto disuasorio total, la mayor parte de los potenciales delincuentes evidenciaría la certeza y

efectividad de esta sanción y se abstendrían de cometer el delito, más aún cuando el beneficio sería eliminado.

Sin embargo, aunque la norma sea clara y estipule medios idóneos, en teoría, para eliminar los beneficios e imponga costos elevados frente al delincuente, hay un factor aún a considerar el cual lo denominaré como “*tasa de probabilidad de imposición de la pena*” en el caso de lavado de activos se habla principalmente de: comiso, la multa, disolución de la persona jurídica. Cuando la probabilidad de imposición de la pena es mayor el beneficio esperado es menor y cuando la probabilidad de imposición de pena es menor, existe mayor probabilidad de beneficio.

De esta manera, la aplicación de una pena acorde a lo estipulado en la norma en la mayor cantidad de casos genera un precedente en la mentalidad de la sociedad, ejerciendo una finalidad disuasiva; desde la psicología de modificación de la conducta se puede apreciar como la sanción repetitiva y la eliminación de un estímulo beneficio y la imposición de un estímulo aversivo, contribuye a que una persona no cometa esa conducta o evite que sus acciones se direccionen hacia su cometimiento, por el temor o sentimiento de pérdida existente y repetitivo que se ocasiona al cometer este tipo de ilícitos.

Siguiendo la misma línea de acción, al estudiar las sanciones concebidas para este tipo penal, pude apreciar e ir deslindando que estas sanciones no atacan únicamente al tipo penal lavado de activos, sino que recaen también sobre el delito precedente (narcotráfico, cohecho, estafas, entre otros), del cual proviene el capital ilícito. Porque al comisar y establecer la multa referente al duplo del valor del ilícito, es evidente que existe una afectación representada como un costo económico tanto para el agente encargado de lavar dinero, así como también para el dueño de los activos, en este caso el autor del ilícito anterior.

De esta manera, desde mi concepción con la sanción sobre los bienes no se busca castigar solo el delito cometido, porque si fuera así, se podría decir que la sanción privativa de la libertad fuera eficiente. Sin embargo, sino se suprime el poder de los delincuentes sobre estos bienes, se podría decir que no existió mayor lucha, porque esos bienes volverían a ser utilizados para el cometimiento de actos ilícitos, seguirían otorgándole mayor poder y estatus a ciertos grupos de delincuencia organizada y atentando contra la sociedad, generando una mayor afectación a la sociedad.

Consideramos que en un inicio la sanción estipulada en la norma lo que busca es impedir el ingreso de esos capitales en el sistema financiero, sin embargo, el fin último del estado, previsto a partir del análisis criminológico penal y del AED, es cumplir con una *función inocuizadora* del crimen organizado como lo menciona Martau (2016, s.p.), aspecto que se puede evidenciar en el artículo 317, puesto que, al comisar, imponer la multa, disolver y liquidar a la persona jurídica se puede evidenciar que se está eliminando el beneficio sobre los activos que posee el dueño de estos y conjuntamente se impide que esos activos se reinserten y financien actividades ilícitas.

A partir del análisis y descripción anterior de la norma, observemos las resoluciones de las sentencias estudiadas:

a. Primer caso

En este proceso, recordemos que el monto del ilícito se encontraba entre 3-5 millones de dólares, siendo más de 8 mil S.B.U. concebidos para el año 2016 (el salario básico unificado para el 2016 era \$366,00); la sentencia del tribunal de juzgamiento que impuso

“el pago de la MULTA EQUIVALENTE AL DUPLO DEL MONTO DE LOS ACTIVOS, determinados en la forma indicada anteriormente, de conformidad con la última parte del artículo

317 del COIP, esto es de DOSCIENTOS SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL” (Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito De La Corte Provincial De Justicia De Guayas,2019).

Al referirse a este proceso es necesario mencionar que existían 9 acusados y tan solo 5 fueron sentenciados, lo importante de este caso es que todos los imputados tenían los mismos cargos, no existió singularización en el proceso, todos utilizaron las mismas pruebas y alegatos para su defensa y sin embargo 4 fueron declarados inocentes, sin tener una motivación y los otros 5 declarados; aspecto que es incongruente por la falta de acción probatoria por parte de fiscalía, por ausencia de motivación y por falta de relación entre la teoría del caso formulada por fiscalía. Las pruebas en su gran mayoría se contradijeron, no eran acordes al presente caso o que no contribuían a demostrar la teoría del caso.

De esta manera, en la sentencia no existe relación entre la pena impuesta y el valor monetario respecto del cual se formuló los cargos y se realizó la audiencia de juicio, porque fiscalía alega y el tribunal acepta que el monto del daño es respecto de 3 o 5 millones de dólares; sin embargo, se establece la multa de 200 SBU para cada uno de los procesados, dando como resultado \$73 200.00 (al año 2016 el SBU era \$366.00); valor que multiplicado por el número de culpables (5) da como resultado \$366000.00; valor que no guarda relación con lo estipulado en la norma, ni siquiera recupera el valor del ilícito respecto del cual se formuló los cargos.

Desde la descripción anterior es evidente que existe cierto tipo de incongruencias respecto del proceso, los cuales, desde mi concepción parten específicamente por el desconocimiento de la norma, factor que se evidencia cuando fiscalía inicia un proceso acusando a partir de un tipo penal inexistente antes del COIP, argumento que fiscalía consideraba fundamental para demostrar la existencia de un delito precedente y respecto del cual insiste que se castigue,

obviamente atentando contra el principio “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” (no hay delito, no hay pena sin ley previa), aspecto que Fiscalía mantuvo hasta cuando se apeló la sentencia, aspecto que desde mi concepción deja mucho que desear respecto de la actuación de los fiscales.

Así mismo, cuando fiscalía y el tribunal inician un proceso donde la teoría del caso es contradictoria desde el inicio por parte de fiscalía; en primer lugar, fiscalía dice que los activos del ilícito anterior encuadran en la explotación de oro (párrafo precedente); luego por exportación ilegal, argumentando falta de permisos necesarios, acusación a partir de la supuesta inexistencia de registro de las exportaciones, por ende adujeron que eran envíos ilegales de oro; no obstante, en audiencia sus propios testigos expresaron lo contrario y mencionaron que fiscalía tenía conocimiento de este detalle desde un inicio; no existió falsificación de documentos, ni evasión tributaria, a pesar de ello fiscalía estructuró y apeló en razón de estos puntos, intentando acreditar la existencia del ilícito a través de estos hechos.

De la misma manera, respecto de las personas jurídicas (2 empresas involucradas), después de realizar la investigación la Fiscalía utiliza el argumento de: *explotación ilegal minera y exportación injustificada de oro*, y la creación de estas empresas para enviar el oro a EE. UU. y lavar activos; desde esa concepción se ordena la liquidación de las dos empresas, aunque no se logró probar la actividad ilícita y el tribunal rechaza los delitos de minería ilegal, ordena que se liquide las dos empresas, haciendo referencia a que uno de los sentenciados es gerente de una de ellas y los otros son accionistas, que al ser declarados culpables y haber ejercido su cargo durante más de 1 año, tiempo en que se reputa se ha cometido el ilícito, se encuentra responsabilidad en las empresas, a pesar que se desechó la teoría del caso y las pruebas relacionadas contra este delito.

Sin embargo, en apelación, el tribunal hace referencia a que es deber de la fiscalía el probar los hechos que encuadran en la conducta típica; en segundo lugar, los argumentos conducentes son contradictorios, carecen de fundamento y las pruebas no demuestran ninguna actividad ilícita, dado que las empresas poseían los permisos necesarios para comercializar con oro; de la misma manera los testigos representantes del SRI, Bancos y entidades financieras y de transporte de valores, expresaron que no existen movimientos anómalos respecto de las cuentas, facturas y libros contables, aspectos que todos mencionan que se sabía desde antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, porque el fiscal lo sabía.

En este caso se puede evidenciar que la carente sentencia y el desarrollo del proceso genera indefensión, atenta contra el principio del debido y proceso, pero desde el punto de vista del AED se puede evidenciar que se vulnera el fin sancionatorio y disuasivo estipulado en la norma, esto debido a que dentro del mismo proceso y dada las características particulares de este caso, un grupo obtuvo la ratificación de la inocencia, sin embargo el grupo de 5 personas declaradas culpables sin motivación, sin un debido razonamiento de los hechos. En este caso no existe proporcionalidad de la pena con los hechos, factor que elimina la certeza en el delincuente y potenciales delincuentes de la efectividad de la norma, elimina el coste de la pena y evidentemente, en vez de ejercer el fin disuasivo esperado puede manifestarse como una probabilidad alta de beneficio en la mentalidad económica.

b. Segundo caso

En el presente caso recordemos que el monto del ilícito ascendía a 360 mil dólares (960 SBU), dinero que provenía de estafa y del expendio de sustancias psicotrópicas. El dinero transportado en el interior de un vehículo diseñado específicamente para esta actividad, para luego ser entregado en la ciudad de Lago-agrio donde se repartiría en distintos negocios para

la inyección en el sistema financiero. Se utilizarían a pequeños negocios para la inyección a capitales.

En este proceso se judicializo bajo el numeral 3 del artículo 317 del COIP, imponiendo una multa de 40 SBU, que son el duplo del monto del valor del ilícito “USD 760 000.00”. El fiscal para probar la existencia del ilícito utilizó el vehículo, demostrando que el dinero se encontraba oculto en los airbags y llantas del vehículo. Peritajes e información extraída de mensajes de WhatsApp y de texto, entre quien transportaba y terceras personas. Aspectos que fueron considerados por el tribunal para dictar y motivar la sentencia.

Es así como podemos decir que en este aspecto la sentencia cumplió con su objetivo sancionatorio, pero principalmente desde la perspectiva del AED se puede decir que el costo impuesto fue alto, apegado a lo establecido en la ley. Así mismo, desde el concepto de la psicología conductual, al eliminar el beneficio obtenido en este caso el monetario (acción ejercida por el delincuente y observada por la sociedad) e imponer un valor aversivo que en este caso es la multa del doble del monto total del ilícito, se ha puesto en práctica un ejercicio de modificación de la conducta.

De esta manera se puede apreciar la formulación de un precedente en el pensamiento del delincuente y de la sociedad (otras personas, entre ellas los potenciales delincuentes), el cual pretende demostrar que cuando cometes esta acción serás castigado, pagarás el costo de su actividad ilícita y no disfrutarás de esos ilícitos, de ninguna manera. Factor que demuestra una aplicación eficiente (y eficaz) del artículo 317 a partir del AED tradicional y la psicología de la modificación de conducta, logrando ejercer en la sociedad la finalidad disuasiva buscada y evitar el crecimiento y repetición de esta conducta, intentado que disminuya su presencia en la sociedad.

CAPÍTULO IV

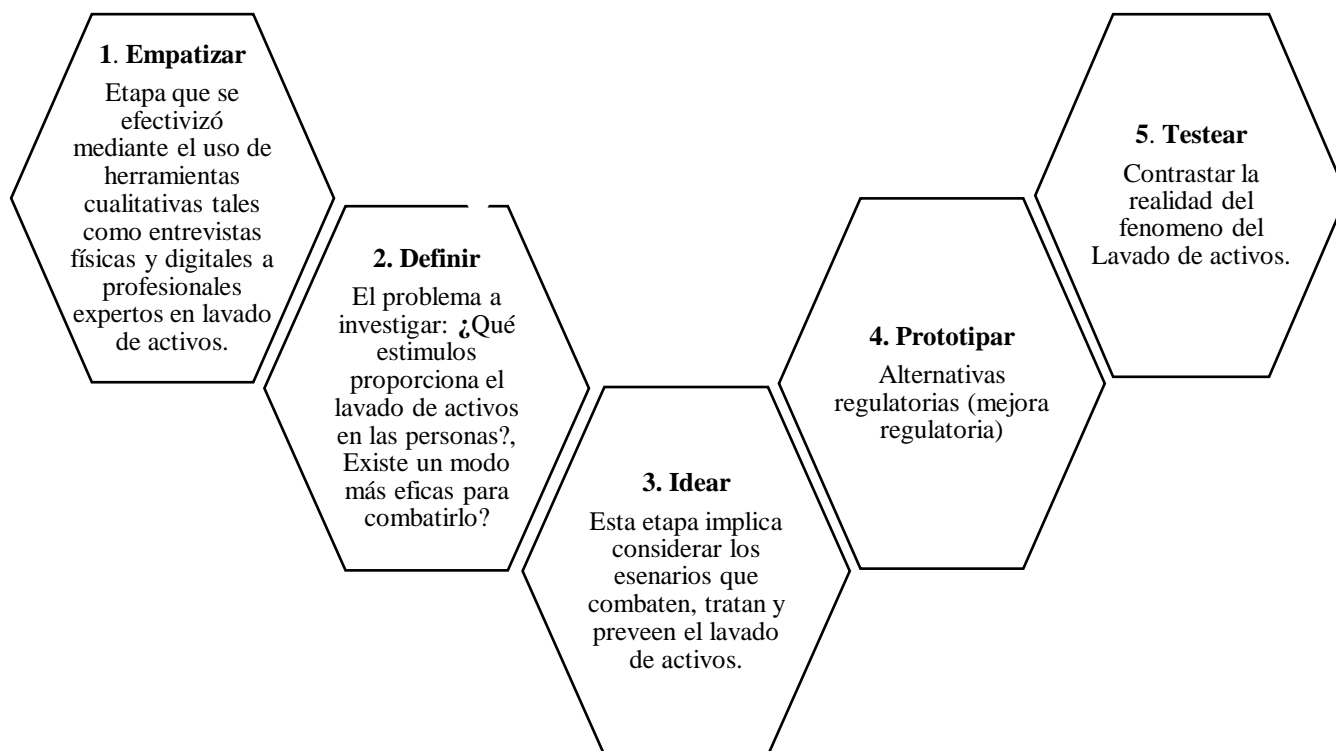
4. Consideraciones a partir del Design Thinking

El *Design Thinking* en esta disertación es entendido como una metodología que centra todo su accionar en el “usuario”. Conlleva reflexionar en torno a preguntas aparentemente no relevantes: «¿Quién es el usuario?», «¿Qué hace el usuario?», «¿Qué le gusta al usuario?», «¿Qué aspiraciones tiene el usuario?», entre otras. Esta visión se acogió con una orientación práctico-creativa para resolver problemas y plantear proyectos. En Ecuador esta nueva propuesta está ingresando, todavía, tímidamente, en consultoras y centros de capacitación sobre innovación empresarial y pequeños esfuerzos competitivos de los emprendimientos jóvenes, gracias a los aportes académicos de las carreras y escuelas de Diseño. Sin embargo, su presencia es casi nula en el ámbito jurídico.¹

4.1. *Design Thinking*

La investigación recurre al *Design Thinking*, estableciendo un proceso y recurriendo a una metodología que centra su atención en el usuario, siendo la motivación para la selección de los expertos a los que se les realizó las entrevistas. De esta manera, la aproximación metodológica en esta investigación introdujo una propuesta sistemática de proceso libre con relación a diversos aspectos acerca de la creatividad en cuanto a la innovación de la regulación. Este proceso se desarrolló en cinco etapas (observar diagrama 1). La utilización del Design Thinking en la investigación encuentra su justificación en la formulación de investigaciones jurídicas alejadas de la práctica tradicional, la cual genere ideas tomando como eje central las necesidades del usuario, opiniones que en su generalidad son inobservadas y desatendidas.

¹ . Para los efectos de esta disertación al encontrarnos en una primera etapa, el usuario fue caracterizado a partir del *abogado-consultor-profesor universitario*. Otras “caracterizaciones” del perfil del usuario fueron previstas para etapas posteriores.

Diagrama 1: Proceso *Design Thinking*

Elaboración: Propia

Fuente: Lara, Méndez et al. (2020); Méndez y Álvarez (2020)

4.1.1. Consideraciones generales sobre las Etapas *Design Thinking*

El propósito de esta sección es ilustrar y desarrollar las etapas del *Design Thinking* en relación con esta investigación. El contenido de cada una de las etapas se desarrollará a lo largo de este documento y esta sección.

1ra Etapa: Empatizar. - significó obtener información de expertos (profesionales con experiencia en Derecho Penal y lavado de activos) quienes fueron catalogados como usuarios en una primera etapa. El aprendizaje obtenido por parte de estos expertos proporcionó el eje central para definir el problema de investigación y direccionar la ejecución de este proyecto de investigación. Dentro de esta etapa se utilizó dos herramientas cualitativas: 1) entrevistas a profundidad; y 2) entrevistas digitales. Las preguntas que surgen en esta fase son: 1) ¿Quién es el usuario en esta investigación? y 2) ¿Cuáles son sus necesidades e intereses?

2da Etapa Definir. - significó reconocer los focos de acción que tienen su origen en las necesidades y deseos de mayor relevancia (insights), para el usuario. A partir de esta concepción, se estableció que esta fase tendría como eje central la pregunta: ¿Qué necesidades son relevantes para el usuario? Durante el desarrollo de esta etapa era necesario mantener un sentido crítico, el cual permita mantener la objetividad necesaria, logrando que no se manipule o tergiversa la información, los caracteres ideológicos, u otros conceptos indispensables dentro de esta etapa.

3ra Etapa: Idear. – presupuso el ejercicio de idear, crear y visualizar soluciones, tantas como sea posibles, en relación con la obtención y comprensión de la información obtenida anteriormente. El método utilizado para generar la mayor cantidad de ideas fue el *brainstorming* (lluvia de ideas), siempre teniendo presente las necesidades que tiene el usuario y manteniendo presente dos puntos de partida: Regulación más estricta (mayor carácter punitivo o sancionatorio respecto de la práctica del lavado de activos) o regulación derivada del AED (creación de la norma a partir de un análisis económico del comportamiento humano). Estos escenarios, consecuencia de la lluvia de ideas, tuvieron el carácter de hipotéticos y fueron el eje central durante el desarrollo de la investigación.

4ta Etapa: Prototipar. – significó concretar las ideas recabadas anteriormente, las cuales se estructuraron a partir de los parámetros que pueden extraerse del proceso de mejora regulatoria respecto del lavado de activos. Cada prototipo fue filtrado a partir de las necesidades y opiniones recabadas de los autores de los textos y entrevistados tanto ecuatorianos como colombianos. Los puntos centrales de esta etapa fueron: a) ¿Cómo se puede crear y realizar mi idea?, b) ¿mi prototipo (borrador) se adapta a las necesidades del usuario? Y c) ¿El prototipo (formulación legislativa) es solo un borrador?

5ta Etapa: Testear. – Esta etapa se centra en la recepción de comentarios proporcionados por los usuarios respecto de los prototipos planteados (regulatorios). Según el *legal desing thinking*, nos centramos en contrastar la propuesta regulatoria del lavado de activos realizada en el Ecuador, intentado contestar las siguientes interrogantes: a) ¿Qué funcionó? y b). ¿Qué no funcionó?

4.1.2. Sobre las entrevistas físicas y digitales

La investigación desarrollo un enfoque cualitativo, fundamentado en el análisis doctrinario de literatura jurídica y opiniones de expertos, con el objetivo de determinar si la normativa vigente es eficiente para regular y desincentivar a los delincuentes potenciales en escenarios que posibiliten el lavado de activos. De esta manera, la investigación utiliza como herramienta metodológica al *design thinking*, instaurando un proceso lógico creativo encaminado a brindar soluciones, maximizando los recursos (información), logrando la manifestar propuestas enfocadas en el análisis y mejora regulatoria.

De esta manera, el *design thinking* posibilitó la elaboración de entrevistas físicas y digitales encaminadas a obtener la opinión de expertos (experiencia, interpretada como necesidades) en materia de lavado de activos (estructura normativa). Consecuentemente, las entrevistas físicas permitieron insertar críticas al sistema vigente (lavado de activos art- 317 COIP), mientras que las entrevistas digitales contribuyeron a recabar recomendaciones que coadyuven a optimizar/escoger prototipos de regulación referente al lavado de activos.

Es preciso advertir que, la metodología utilizada en esta investigación es de naturaleza descriptiva. Por ende, su realización no pretende formular aportes teóricos nuevos. El

documento centra su estudio en analizar la eficiencia que tiene la estructura del artículo 317 del COIP (lavado de activos en el Ecuador) y *compliance*.²

Del mismo modo, las modalidades empleadas para recoger información son la bibliográfica documental y de campo, dado que se el estudio se realizó a partir de los criterios y opiniones de autores y expertos de América Latina (Ecuador, Perú y Colombia) en lavado de activos.

Para el muestreo se realizó cinco entrevistas a expertos profesionales/académicos peruanos, colombianos y ecuatorianos:

- b) Países miembros del GAFI y GAFILAT (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica), cuyo marco regulatorio en materia de lavado de activos y legislación ecuatoriana.
- c) Profesionales y académicos (en libre ejercicio, no menor a cinco años) dedicado a tiempo completo al derecho penal, con especialidad en lavado de activos. Quienes aporten con opiniones técnicas y/o publicaciones.
- d) Profesionales y académicos con formación interdisciplinaria en derecho y economía, pero que su campo de acción sea el derecho penal.

² Esta investigación recurre al *método inductivo* porque implicó la exploración desde una perspectiva concreta, la legislación penal ecuatoriana vigente (artículo 137 del Código Orgánico Integral Penal) y posteriormente realizando una comparación legal con normativa regional (GAFILAT, Colombia y Perú) con la finalidad de identificar la eficacia de la norma penal contra el lavado de activos en la experiencia ecuatoriana a partir de la publicación del COIP. La aplicación de este método presentó una fase de observación y registro de información bibliográfica referente al lavado de activos y el análisis económico del derecho, y de muestro, compilada mediante entrevistas a expertos con experiencia mayor a 5 años de ejercicio profesional. De igual manera, se usó el *método histórico*, que resultó importante puesto que la propuesta pretende determinar el antecedente que dio origen a la prohibición del lavado de activos en el contexto ecuatoriano, permitiendo evaluar el sistema de prevención y castigo que este genera dentro de la sociedad. Finalmente, se recurrió al *método analítico*, porque permitió analizar este tipo penal a partir de los postulados del análisis económico del derecho tradicional y el análisis calidad mejora regulatoria, pudiendo determinar si la estructura del artículo cumple un rol disuasivo en los individuos que incurrir en el tipo penal del lavado de activos.

Por otro lado, las entrevistas digitales se realizaron considerando estos criterios de selección:

- a) Profesionales y/o académicos activos que tienen formación jurídica en derecho penal y especialidad en lavado de activos.
- b) Expertos en derecho de lavado de activos con experiencia no menor a cinco años de ejercicio en el sector público o privado.

La técnica utilizada en las entrevistas digitales para la recolección de información consistió en emplear un cuestionario estructurado de once preguntas. Esta información fue recolectada a través de la plataforma de la empresa *Survey Monkey* (www.surveymonkey.com), durante el lapso de seis meses.

En líneas anteriores se indicó que la población para aplicar las entrevistas fue seleccionada tomando en consideración a expertos académicos y profesionales que dominen el lavado de activos (legislación nacional y regional de Ecuador, Colombia y Perú). El número de entrevistados fue: cinco expertos. Su distribución fue aleatoria en términos de nacionalidad, el elemento jurídico usado para discriminar a la población fue identificar los países miembros del GAFILAT, los cuales tengan experiencia y conocimientos con el lavado de activos.

4.2. Aplicación de la Etapas del *Design Thinking*

4.2.1. Empatizar

Esta etapa fue desarrollada a partir del acercamiento a expertos (académico/profesionales) de Colombia, Ecuador y Perú, a través de una entrevista personal, que nos permitió conocer acerca de la realidad de la región y del Ecuador específicamente en materia de lavado de activos (estructura de la norma y aplicación de las normas penales).

Observación: El contenido **completo** de las entrevistas se encuentra en los anexos.

Colombia

Entrevistado: Dr. Norberto Hernández Jiménez

Perfil: Diplomado en derechos humanos en el terreno: Europa 2019 Instituto Berg. Profesor principal en la Pontificia Universidad Javeriana en el área de derecho penal, Universidad de los Andes, asesor docente grupo de prisioneros. Entre sus publicaciones destacan “De la privación a la restricción de la libertad y otras restricciones penales”, “Comentario a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 del Tribunal Superior de Cundinamarca”, “Flagrancia en el delito de concusión” (Revista Nuevo Foro Penal V. 15. No. 93 julio – diciembre de 2019), entre otras.

1. Es un delito que atenta contra el orden económico y social, porque es la forma con la que se da apariencia de legalidad a bienes que tienen una procedencia ilegal, a través de ciertas maniobras y estrategias.

Es un tipo amplio y a no exhaustivo (no es claro), se podría caer en lavado de activos sin conocerse.

2. Entonces cuando no hay buen control financiero y no hay buen control de los mercados, es factible que se pueda desarrollar de alguna manera el lavado de activos. es una mixtura entre la actividad ilícita fuertemente arraigada en materia del narcotráfico, que genera esos dineros, y adicionalmente la falta de control y eficacia de la administración de justicia para poder establecer que esos dineros vienen del o tienen un origen ilícito.

3. Para prevenir delitos podemos partir de tres aspectos fundamentales de Beccaria: severidad, celeridad y certeza. Lo importante es alcanzar mayor eficiencia en

términos de administración de justicia, priorizando en el fortalecimiento del órgano de justicia (alto nivel de corrupción).

4. Las penas pecuniarias son más efectivas que las privativas de la libertad respecto de la realidad penitenciaria que viven los países en general de Latinoamérica.

Colombia posee penas privativas de la libertad, penas pecuniarias (de mejor aplicación en este tipo de delitos) y la “acción de extinción de dominio”, en la cual se afecta el patrimonio del delincuente.

5. A partir de la figura del óptimo de Pareto de Kaldor Hicks, la existencia de penas altas no logra desincentivar el cometimiento de un ilícito cuando el sistema de administración de justicia esta debilitado.

A partir del AED es posible demostrarle al legislador que sus leyes no dan resultados y que existe una mala administración de los recursos, evidenciando un sistema de justicia decadente.

6. No creo que la normativa penal ecuatoriana genere prevención, por el problema de la falta de efectividad de la administración de justicia. Es necesario tener un buen sistema de administración de justicia, atado a una buena fórmula de policía para que la legislación pueda contrarrestar este tipo de flagelos.

7. A partir del *rational choice* consideramos que al delincuente le resulta rentable cometer delitos por la ineficiencia de la administración de justicia.

Sin embargo, para el delincuente no habitual posiblemente pueda funcionar, porque el perdería mucho.

8. El legislador no utiliza estudios criminológicos, n de factibilidad que lleve a establecer el límite máximo de las penas, n la proporcionalidad de estas, sino es una cuestión bastante improvisada.

9. El sistema legislativo ha acomodado la normativa a las directrices internacionales, así como el sistema judicial y su gran apego a la doctrina estadounidense para tratar de prevenir este tipo de comportamientos

10. Creo que tenemos un buen nivel de cooperación internacional (Colombia, Venezuela, Perú, Ecuador) para efectos de persecución de estos comportamientos. Sin embargo, la corrupción presente en ocasiones impide la judicialización, motivo por el cual consideramos que es necesario fortalecer un poco más y evitar este tipo de flagelos. De la misma manera, la lucha es incipiente, motivo por el cual consideramos que es necesario crear más protocolos, cooperación internacional, desincentivando a los delincuentes.

11. Colombia posee una unidad encargada de investigar este tipo penal, existe normativa que combata este flagelo, pero sigue siendo un sistema incipiente.

Perú

Entrevistado: Dr. Dino Carlos Caro Coria, PhD

Perfil: Fundador de Caro y asociados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Certificación Anti-Lavado de Dinero, Nivel Asociado (AMLCA), Florida International Bankers Association/Florida International University. XII; Fundador y Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa: www.cedpe.com. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad de Lima. Entre sus publicaciones destacan “Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir”, “Código Penal & Legislación Complementaria. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal”, que incluye un volumen de Legislación complementaria sistematizada, entre otras. Director de la revista Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Miembro de la Misión de la Unión Europea encargada de evaluar el sector justicia para identificar y proponer proyectos de cooperación en el marco del acuerdo de entendimiento con el Estado peruano para una donación de hasta 10 millones de euros.

1. El lavado de activos es un fenómeno internacional, proveniente en su generalidad de organismos internacionales y EE. UU. básicamente. Su parte objetiva implica la existencia de activos, capitales o bienes de origen ilícito. En una segunda parte el autor tiene como finalidad ocultar el origen ilícito a través de diversas modalidades. La parte subjetiva central es el dolo, conocimiento del origen delictivo y la finalidad buscada. El Ecuador en su articulado el tipo penal es más difuminado que en Perú, pero abarca el mismo universo de comportamientos mencionados.
2. El principal factor que favorece el lavado de activos en la región es la falta de controles estatales, la inacción de los sujetos obligados a reportar. Hay cierta complacencia de los sujetos obligados, teniendo el deber de perseguir no lo hacen.
3. Existen dos niveles en el lavado de activos que tiene que ejercer el Estado prevención y persecución. Respecto del primero no podemos importar modelos de otros países,

debemos analizar el riesgo propio de cada país (minería problema en Perú, en Ecuador no sé, pero en Chile no). El segundo aspecto, la persecución, donde el problema de la región viene en la discusión de si el delito previo debe probarse o no, problema que se presenta constantemente entre fiscales y jueces, generando vacíos de punición (posibles de atacar generando reglas claras).

4. La pena pecuniaria es una sanción menor, que debe mantenerse como complementaria de la pena privativa de la libertad, sin embargo, las penas son excesivas en Latinoamérica (son más fuertes que los delitos fundamentales).

Las sanciones deberían estar por debajo de la afectación de bienes individuales.

5. Es fundamental el AED porque permite una aproximación complementaria a la propiamente penal (...) implica la maximización y optimización de los recursos. Permitiendo seguir delitos importantes, entre ellos el lavado de activos.

6. La realidad es que hay muchos casos de lavado y pocas condenas, factor que se debe a la falta de unanimidad de las autoridades acerca de que es y cuales son la característica del lavado de activos.

7. El enfoque de los países se centra en la punición cuando el verdadero existo debería ser la prevención. Si esta parte se encuentra fortalecida los delincuentes van a tener incentivos adecuados para excluirse de este tipo de prácticas o conductas.

8. Las distinciones más finas vienen cuando los países pueden evaluar su propio nivel al riesgo y creo que ese factor es clave acá, no todos estamos sometidos al mismo nivel de riesgo en los mismos ámbitos.

9. Que la normativa ecuatoriana se encuentre establecida a partir de recomendaciones y resoluciones internacionales no necesariamente es positivo. Porque copiar una norma sin acudir a la tradición propia del país conlleva problemas legislativos y de interpretación.

Por ejemplo, el conocimiento del delito precedente a que se refiere: dolo, culpa grave, ignorancia deliberada.

10. A nivel regional se puede trabajar en cierta uniformización con relación a la legislación en materia de lavado y se puede trabajar, crear, fortalecer redes de comunicación de mecanismos de cooperación.

11. Ningún sistema es bueno manejando el lavado de activos, porque sigue siendo un problema de la región; existen muchos procesos, pero pocos llegan a recibir una sentencia, por lo tanto, no se puede decir que la lucha sea exitosa.

Entrevistado: **Dr. Rafael Vega Llapasca, LLM**

Perfil: Gerente general, representante legal, abogado senior en Estudio Vega Llapasca y Asociados S.A.C. Abogado, titulado en derecho y ciencias políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Entre sus publicaciones destacan el “Proceso Penal Inmediato Reformado. Comentarios al Acuerdo Plenario Extraordinario Nro. 2-2016/CIJ-116- dic. de 2017”, “El proceso inmediato en caso de flagrancia. ¿Una nueva manifestación del proceso sumario?”, “Comentarios a la secuencia de implementación del Proceso Inmediato Reformado en el estadio actual de la reforma procesal penal peruana”, entre otras. Profesor de Derecho penal y Procesal Penal de Universidad Nacional Mayor de San Marco.

1. El origen del lavado de activos tiene que ver en la Convención de Palermo. El tipo penal lo que busca es el aprovechamiento de activos de origen ilícito. El COIP abarca todas las fases del *iter criminis*, aspecto que es muy beneficioso porque abarca un espectro amplio. La Corte Suprema Peruana, ha determinado que existe independencia del lavado de activos frente al delito previo, sin embargo, la determinación de la existencia del delito precedente debe ser expresa por parte de quien investiga y juzga el lavado de activos, incidencia que debe ser mínima, pero debe existir. Ecuador en la norma realiza una tasación a partir del ilícito cometido e

imponer una pena proporcional; en estos casos es importante establecer a la multa o las penas pecuniarias, porque es realmente donde se estaría atacando al objetivo del ilícito. Se debería observar una cantidad real, una cantidad que afecte más que nada al Estado.

2. **Observación:** Respondida por el entrevistado en la primera pregunta.

3. Se han establecido colaboraciones eficaces, definidos como mecanismos de acción, de guía mediante los cuales se puede facilitar o ayudar el trabajo del fiscal para investigar y castigar a quienes están involucrados. Estos colaboradores generalmente son particulares que contraen acuerdos, pero creo que estos deben ser lo suficientemente claros y en caso de que no lo sean se pueda castigar, restringir y quitar los beneficios obtenidos.

4. El COIP realiza una especie de tasación en cuanto al castigo económico, lo que consideramos importante porque a través de la multa el estado ecuatoriano estaría recuperando el doble del producto del ilícito.

5. El AED es una herramienta de ayuda, puesto que los costos y beneficios de verse involucrados en un delito de esa naturaleza tiene que ser valorados. Es un delito de naturaleza netamente económico, ¿por qué lo voy a meter preso?, ejemplo de sanción de un homicidio que puede ser sancionado con pena privativa de la libertad de 6 años y el lavado de activos con una pena mayor, ¿una vida vale menos que el lavado de dinero?, pero si proviene esos activos de narcotráfico, probablemente sí, estos aspectos tienen que ser valorados.

6. Podría cambiarse las cárceles por penas pecuniarias efectivas, podría eliminarse ciertas capacidades o derechos económicos a cambio de su libertad. Valoración que podría ser realizada por el AED, considerado como una herramienta que puede tasar el irse a la casa o no volver a cometer ese ilícito, una sanción perpetua.

7. **Observación:** Respondida por el entrevistado a través del desarrollo del cuestionario.
8. Los mecanismos preventivos son decisiones idóneas para asegurar un adecuado proceso, procedimiento y obtener resultados en las investigaciones. Pero para que sean impuestos tiene que haber una carga suficientemente fuerte: niveles de peligrosidad, elementos de convicción, y pena a imponerse, riesgo de fuga, de entorpecimiento.
9. Parece muy difícil que de nosotros nazcan normas pues para luchar contra determinados ilícitos, parece que nuestros académicos y legisladores requieren de nuestra ayuda. Pero es necesario reconocer que este tipo de delitos ya tienen asidero internacional, miremos nada más el caso Odebrecht, que comprometió a todo el continente. Entonces es importante aceptar estas recomendaciones de organismos internacionales, adaptarlas a nuestra realidad y lograr castigar los ilícitos que nos afecten.
10. Es importante escuchar la asistencia judicial internacional pero no es eficaz necesariamente porque pueden engañarnos respecto de los procesos.

Las organizaciones internacionales buscan que sus intereses, patrimonios no se vean afectados, restringidos o que tengan que pagar una mínima cantidad de reparación integral. Por ello toda colaboración efectiva tiene que ser respaldada y ratificada en documentos que permitan ratificar todos los hechos/dichos que pueda señalar o decir un colaborador.
11. El problema es que varios procesos son realizados con rigor y hay otros que poseen sus fuertes errores. La lucha contra la corrupción viene a ser contra la corrupción de políticos, jueces, el poder judicial y se busca que sea un actor imparcial para lograr la misión de investigar y llevar los procedimientos de manera adecuada.

Ecuador

Entrevistado: Dr. Alex Valle Franco, PhD

Perfil: Graduado en la Universidad Católica como licenciado y abogado en Derecho (2002). Cuenta con una especialidad en justicia indígena en la UNIANDES (2006), una maestría en Sociología en FLACSO (2012). Director jurídico del CONAMU, intendente General de Policía de Tungurahua. Profesor e investigador de varias universidades del país, en las que se destacan PUCE, UASB, UEES, UNI BREMEN. Entre sus publicaciones destacan: “Factores jurídicos que conllevan a la criminalización del derecho constitucional a la resistencia en el Ecuador y sus especificidades en el caso Saraguro de 2015 (2018)”, “El derecho como instrumento de dominación del patriarcado en Ecuador (2019)”, entre otras.

1. A partir de la dogmática podemos encontrar definiciones bastantes simples, no complejas; estableciendo que el lavado de activos es un proceso por medio del cual se blanquean, o se cambian o se procesan bienes de origen ilícito para transformarlos en bienes que den esa apariencia de licitud. Por otro lado, el COIP es bastante largo, la extensión de verbos, dándonos la apariencia que el legislador intento abarcar todas las posibles acciones relacionadas al lavado de activos.
2. El tema de la impunidad es el nodo común en relación con los factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos. Se podía hablar de la violencia invisible muy relacionados a los delitos de cuello blanco, contra la administración pública, evidenciando que no existe un buen porcentaje de sentencias dictadas en contra de infractores. La página de las Naciones Unidas demuestra que los estados por sobornos producen a nivel mundial un valor más allá 760 millones al año, son negocios “por llamarlos de alguna manera” donde se encuentran involucradas muchas instituciones públicas, privadas, eclesiásticas, entre otros. Entidades que son atraídas por las ganancias que se pueden percibir y la impunidad.

3. En los últimos años se han incrementado los niveles de pena en diferentes delitos después de reformas legales y no vemos disminución de porcentaje de cometimiento de delitos. Desde esa realidad se debería trabajar más en la prevención; atacar el tema cultural de corrupción, muy latente en Latinoamérica. Se debería trabajar más el tema de la prevención que de las sanciones. Yo creo que la persona calcula como está estipulado el tema de lavado de activos en relación con la cárcel y calcula y dice, por x cantidad de dinero voy a pasar 3 años que al final con rebajas, 2 x 1 y con esto cumpliría un año en la cárcel, la gente no cumple la pena. Se debería desarrollar una política pública de prevención, educación de funcionarios (públicos y privados) y también en el tema de sanciones. El objetivo es luchar contra la impunidad.
4. La sanción y pecuniaria y el comiso serían efectivos, por el objetivo de beneficiarse de recursos. De esta manera se quitaría el incentivo económico de enriquecimiento ilícito, teniendo un mayor grado de efectividad y de prevención. Se ha luchado por aprobar una ley de extinción de dominio, que elimine los productos del ilícito que trata sobre millones so billones. Más que estipular una multa del doble o el triple, que puede ser visto como simbólico, lo importante es que cumpla, al igual que el comiso o la sanción pecuniaria.
5. Pocas personas se dedican a temas de análisis de derecho económico y mucho menos análisis económico de los delitos. Aspecto que consideramos fundamental para que se investigue, para que se levante estadísticas y estudios. Respecto del lavado de activos la OEA investiga que entre el 2 y 5 % del PIB se encuentra involucrado en lavado de activos; en América latina el porcentaje llega al 6% del PIB aproximadamente. A partir de esa realidad el AEC podría analizar cuanto le cuesta al estado procesar, juzgar, investigar, realizar operativos respecto de este tipo de delitos. Podría contribuir también en la elaboración de la tipificación de estos, porque

precisamente el legislador no es conocedor de este tipo de delitos, los efectos y daños que producen.

6. La aplicación de la normativa ecuatoriana no conlleva resultados eficientes, existe un sin número de casos, un vivo ejemplo es lo sucedido en esta pandemia. La creación de empresas ficticias, entre otros Se observan allanamientos, operativos, pero no vemos ningún comiso importante, no vemos empresas cerradas. No vemos sentencias efectivas.

7. A partir de las representaciones sociales, la impunidad es evidenciar que mensaje le doy al público, de impunidad. Es sorprendente escuchar jóvenes que piensan que es preferible robar, pasar 1, 2, 3 años en la cárcel y después salir y disfrutar de esos dineros.

Plantearse a partir de Crowd y su postulado del *seectivismo positivo*, sancionando a los que tienen menos recursos y dejando impunes a los que cometen delitos mayores, se les otorga una pena menor, se irrespetan procedimientos. Así podríamos tener una cualquiera cantidad de normas, pero no vamos a lograr absolutamente nada si no son aplicadas de manera correcta.

8. Las elaboraciones de distinciones más finas de lavado de activos en la norma resultarían eficaz y eficiente siempre cuando se cumplan, Aunque la norma actual es bastante completa, pero todo depende del proceso penal investigado, los recursos, la eficiencia de una sentencia condenatoria, ese sería el éxito.

9. La normativa penal s ha sido adoptada a los parámetros internacionales por ser miembro de la ONU, OEA, organismos regionales, se han suscrito tratados internacionales, a partir de los cuales se ha armonizado la normativa.

10. Los mecanismos de ayuda son importantes y tenemos que considerar que estos delitos son transnacionales. El delito puede cometerse en x país y el producto

disfrutarse, invertirse o invertiré en 2, 4 y/o 5 países. Combatirlo a nivel nacional únicamente sería tener una limitación jurídica, punto en el cual la eficiencia de la comunidad internacional para combatir estos delitos es esencial.

11. Chile sería el mejor ejemplo, es el país que ha tenido el 30% de efectividad en las sentencias, factor que indica un sistema eficaz de sancionados y la recuperación de los dineros y bienes comisados. Aspecto que influye para que una persona evite cometer este tipo de delitos. Chile tiene una entidad parecida a la UAFE, pero que se encuentra relacionada con la entidad de hacienda y de tributario.

Entrevistado: **Dr. Jorge Núñez Grijalva, PhD**

Perfil: Abogado por la Universidad Nacional de Loja. Máster en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad Castilla-La Mancha. Máster en Gestión Estratégica Empresarial (Administración de Empresas) por la Universidad Técnica de Ambato (UTA). Socio del Bufete Núñez y Viera. Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ambato. Docente de postgrado y Director de Proyecto de Investigación “Investigación en Derecho de la Competencia Desleal, Derecho de Propiedad Intelectual, Derecho del Consumidor, Responsabilidad Social Empresarial”. Docente de Postgrado en la UTA, Universidad Regional de Autónoma de los Andes (UNIANDES) y Universidad Central del Ecuador (UCE). Entre sus publicaciones destacan “Clasificación de los signos distintivos en la normativa andina de propiedad industrial (2017)”, “Disolución, liquidación y cancelación de compañías de comercio en Ecuador (2016)”, entre otras.

1. En el ámbito empresarial es importante revisar el artículo 317, porque tiene relación con la responsabilidad que tiene la persona jurídica. Es a partir del 2014 con la expedición del COIP que se integra este sistema al moderno a nivel internacional de

prevención en este tipo de ilícitos. La tipificación que hace el COIP me parece bastante completa, tanto dogmáticamente como en la parte procedimental, para su represión.

2. El lavado de activos ha sido un delito lamentablemente a nivel mundial, que tiene dos campos de acción: el ámbito público y el ámbito privado. En el ámbito privado tenemos la falta de ética empresarial como factor principal, aspecto que es aplicable al ámbito público con la diferencia que hay una mayor gravedad, porque se enriquece de los recursos del estado. La existencia de estas sociedades cuando se disuelven afecta a un sin número de sujetos, proveedores, trabajadores, sociedad, estado, entre otros. Cifras e impacto que puede ser proporcionado por el AED, pudiendo contribuir con modificación de procedimientos de supervisión, control de las personas jurídicas, fortalecimiento de sanciones de personas naturales que están detrás de la persona jurídica.
3. Según Alfonso Zambrano Pasquel y el estudio realizado acerca del artículo 18 del COIP respecto de la infracción penal, que es una conducta, típica, antijurídica y culpable. A partir de ahí, como modificar las conductas de la sociedad, para eliminar la intención de infringir la ley, factor que se encuentra estrechamente relacionado en que las normas jurídicas tienen que ser ejecutas a plenitud, las normas ya tenemos.
4. El hecho del artículo 49 y 50 del COIP recoge la responsabilidad de las personas jurídicas, estableciendo la independencia de las personas naturales. Así existen sanciones administrativas para la persona jurídica (desaparición) y la sanción pecuniaria están bien para la persona jurídica. Se debe endurecer la sanción para quien está detrás de la persona jurídica, principalmente en relación con la privación de la libertad, pues dinero posee para pagar la multa.

5. Yo creo que el legislador necesita que el AED le de luces sobre el fortalecimiento de la normativa penal, un ejemplo es la facilidad para hoy constituir una compañía, una sociedad en 48 horas o en pocas semanas ya puede funcionar, pero el éxito está en al igual que se hace un análisis dentro del AED del perjuicio que causa estas sociedades cuando no están vigiladas y sus consecuencias. Las cifras que el AED puede proporcionarlas sí llevarían a la modificación de ciertos procedimientos de supervisión y control de personas jurídicas y al fortalecimiento de las acciones también contra las personas naturales detrás de estas personas jurídicas.
6. Creo que la normativa ecuatoriana no es eficiente porque no ha sido bien difundida, por ende, no cumple su papel disuasivo. Se supone que la ley es conocida por todos, pero varios empresarios prestan sus nombres y no conocen las consecuencias y problemas que esto podría suscitarle, porque podría estar cayendo en un ilícito. Considero que el carácter preventivo si está bastante debilitado.
7. Creo que el incentivo que debería darle es un incentivo real y objetivo, se me ocurre un incentivo fiscal, para aquellas que no han estado inmersas en lavado de activos.
8. Considero que, si es posible afinar un poco más el artículo 317, por ejemplo, el artículo 323 habla de captación ilegal de dinero. ¿qué es la captación ilegal de dinero? Aquí la persona que organiza el desarrollo y promoción en forma pública o clandestina actividades de intermediación financiera sin autorización legal, que desde mi punto de vista es una categoría más del lavado de activos. Así considero que si pudiera reestructurarse el artículo de tal manera que pueda incluirse otro tipo de conductas antijurídicas vinculadas.
9. Respecto de las personas jurídicas artículo 49 y 50 del COIP estipulan sanciones para las personas jurídicas, adaptando su legislación a lo solicitado por las Naciones Unidas.

Entonces, considero que este ámbito que le hablo penal empresarial, yo pienso que sí, que sí estamos dentro, recién desde el 2014 dentro de las normas internacionales, antes del 2014 con el Código Penal anterior no lo estábamos.

10. Si existe cooperación bilateral y multilateral importante para combatir este tipo de delitos, pero es necesario fortalecerla un poco más, principalmente con aquellos delitos denominado de cuello blanco. Muchos de los involucrados han huido con esos recursos a EE. UU. o Europa, de donde sus recursos no han podido regresar y tampoco se ha podido juzgar a las personas.

11. La legislación de Colombia, la legislación de Perú, de México, son quizás las más fuertes para el combate este tipo de delitos asociados a las compañías, a las sociedades mercantiles; porque claro son tres países, Colombia, Perú, México que junto a Ecuador también, nos hemos visto bastante afectados. La normativa mexicana, colombiana y peruana, que son bastante fuertes y me parece que también los sistemas de justicia si están caminando a una velocidad un poco mayor que el resto de América Latina.

4.2.2. Testeo

Esta sección se desarrolló a partir de las opiniones de expertos académicos y profesionales en materia de derecho penal específicamente lavado de activos y/o *compliance*. La información fue recabada a través de una entrevista virtual realizada por Survey Monkey. A continuación, se encuentra la tabulación e interpretación de las respuestas obtenidas.

Gráfico 4: Años de experiencia en área de derecho penal

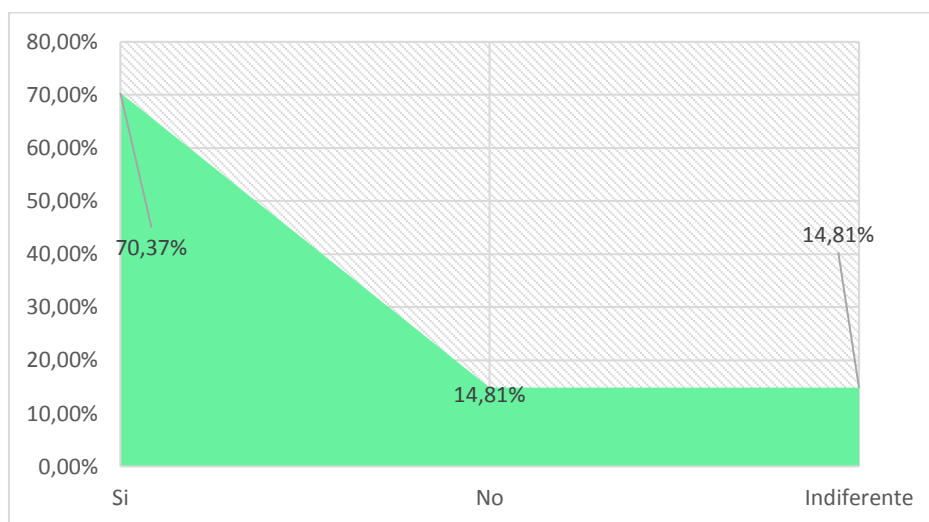
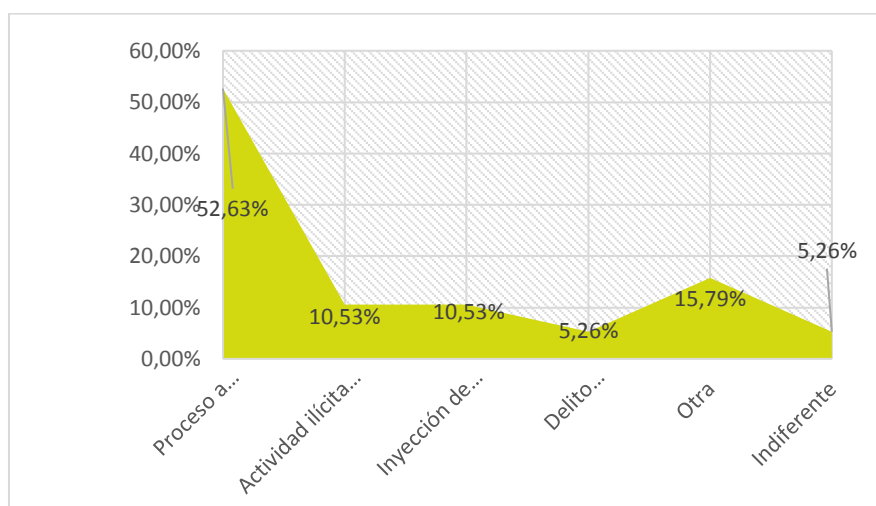


Tabla 9: Años de experiencia en área de derecho penal

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|--------------|------------|----------------|
| Si | 19 | 70,37% |
| No | 4 | 14,81% |
| Indiferente | 4 | 14,81% |
| Total | 27 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

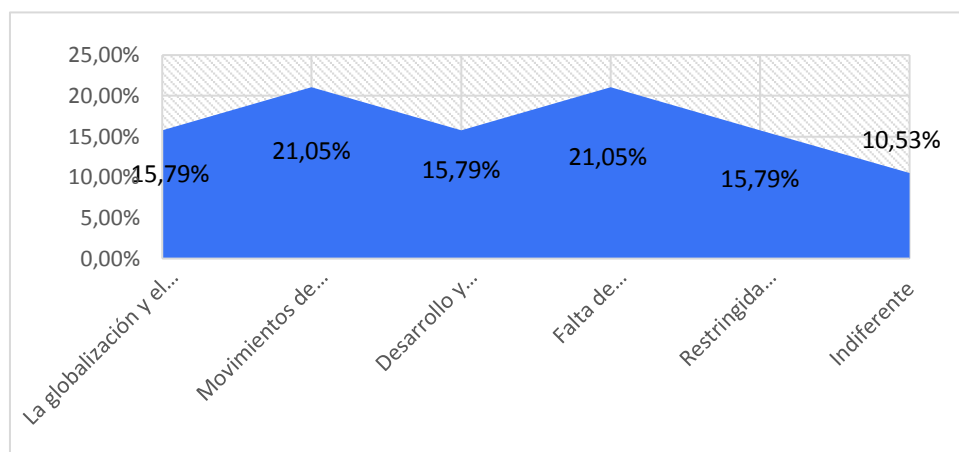
Esta pregunta sirvió como filtro, porque para continuar tenían que cumplir con el requisito de tener una experiencia mayor a 3 años en el ejercicio del derecho penal, específicamente en “lavado de activos y/o *compliance*”. Se receptaron 27 respuestas en total, 4 negativas y 4 indiferentes cada una, imposibilitándolos de continuar con la entrevista porque no cumplen con los requisitos; finalmente se recibió 19 respuestas positivas, a través de las cuales se formuló y receptó respuestas para el resto de la entrevista.

Gráfico 5: Definición más exacta (precisa) de lavado de activos**Tabla 10:** Definición más exacta (precisa) de lavado de activos

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|------------|----------------|
| Proceso a través del cual, bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita. | 10 | 52,63% |
| Actividad ilícita que atenta contra el correcto funcionamiento del sistema económico nacional. | 2 | 10,53% |
| Inyección de capitales ilícitos en el sistema financiero, que alteran su correcto desempeño y funcionamiento. | 2 | 10,53% |
| Delito transfronterizo que engloba un sinnúmero de actividades ilícitas conexas | 1 | 5,26% |
| Otra | 3 | 15,79% |
| Indiferente | 1 | 5,26% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

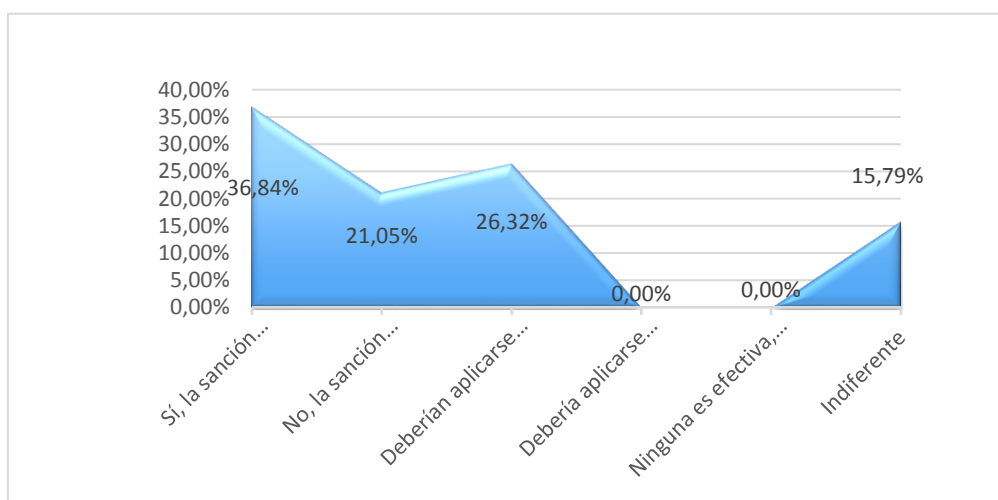
La mayor cantidad de entrevistados (el 52,63%) definen el lavado de activos como el proceso a través del cual, bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita. El 10,53% lo definen como una actividad ilícita que atenta contra el correcto funcionamiento del sistema económico nacional. El 10,53% lo define como la inyección de capitales ilícitos en el sistema financiero, que alteran su correcto desempeño y funcionamiento. El 5,26% define el lavado de activos como un delito transfronterizo que engloba un sinnúmero de actividades ilícitas conexas. El 15,79% le darían otra definición, aparte de las descritas y el 5,26% se muestra indiferente a la definición del lavado de activos.

Gráfico 6: Factores que favorecen el lavado de activos en países de la CA**Tabla 11:** Factores que favorecen el lavado de activos en países de la CAN

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|------------|----------------|
| La globalización y el proceso de revolución tecnológica. | 3 | 15,79% |
| Movimientos de capital a nivel mundial y paraísos fiscales. | 4 | 21,05% |
| Desarrollo y fortalecimiento de organizaciones criminales. | 3 | 15,79% |
| Falta de armonización jurídica aplicable en la región. | 4 | 21,05% |
| Restringida actualización de la norma penal respecto del lavado de activos. | 3 | 15,79% |
| Indiferente | 2 | 10,53% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

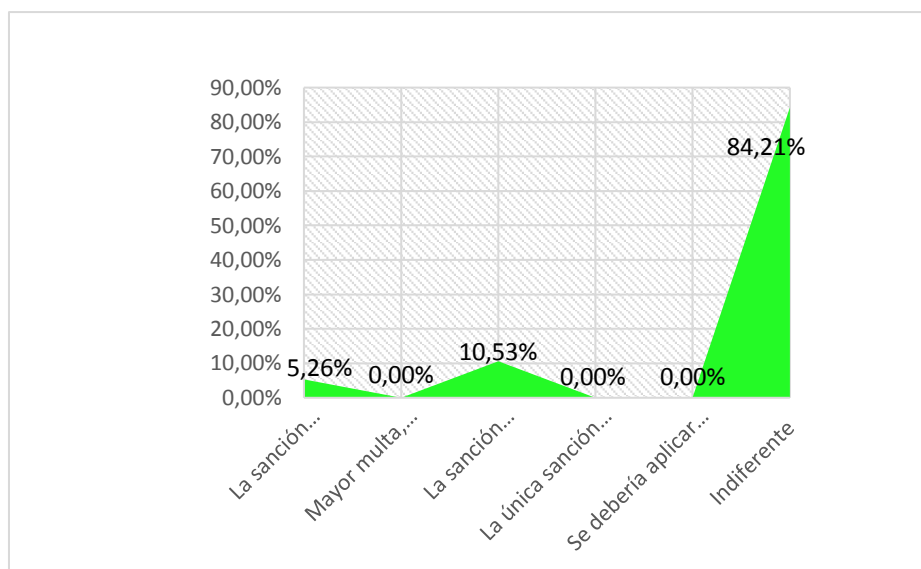
Las respuestas obtenidas para esta pregunta son divididas, puesto que no existe únicamente un factor en la incidencia para el cometimiento de este tipo penal, sin embargo, el 21,05% de los expertos consideran que se debe a: la falta de armonización jurídica aplicable en la región para combatir estos casos; y, los movimientos de capital a nivel mundial, haciendo principal énfasis en los paraísos fiscales. Por otro lado, el 15,79% respectivamente considera como factores principales a: la globalización y el proceso de revolución tecnológica; el desarrollo y fortalecimiento de organizaciones criminales; y, la restringida actualización de la norma penal respecto del lavado de activos. Mientras que el 10,53% se mantiene indiferente a los factores a que favorece el desarrollo de lavado de activos en los países de la CAN.

Gráfico 7: Efectividad sanción pecuniaria versus sanción privativa de la libertad**Tabla 12:** Efectividad sanción pecuniaria versus sanción privativa de la libertad

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|--|------------|----------------|
| Sí, la sanción pecuniaria es más efectiva que la sanción privativa de la libertad. | 7 | 36,84% |
| No, la sanción pecuniaria es menos efectiva que la sanción privativa de la libertad. | 4 | 21,05% |
| Deberían aplicarse los dos de manera simultánea, porque, tanto la sanción pecuniaria como la sanción privativa de la libertad tienen objetivos y resultados similares. | 5 | 26,32% |
| Debería aplicarse solo una de ellas, porque, tanto la sanción pecuniaria como la sanción privativa de la libertad tienen objetivos y resultados similares. | 0 | 0,00% |
| Ninguna es efectiva, debería avizorarse otro método de sanción. | 0 | 0,00% |
| Indiferente | 3 | 15,79% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

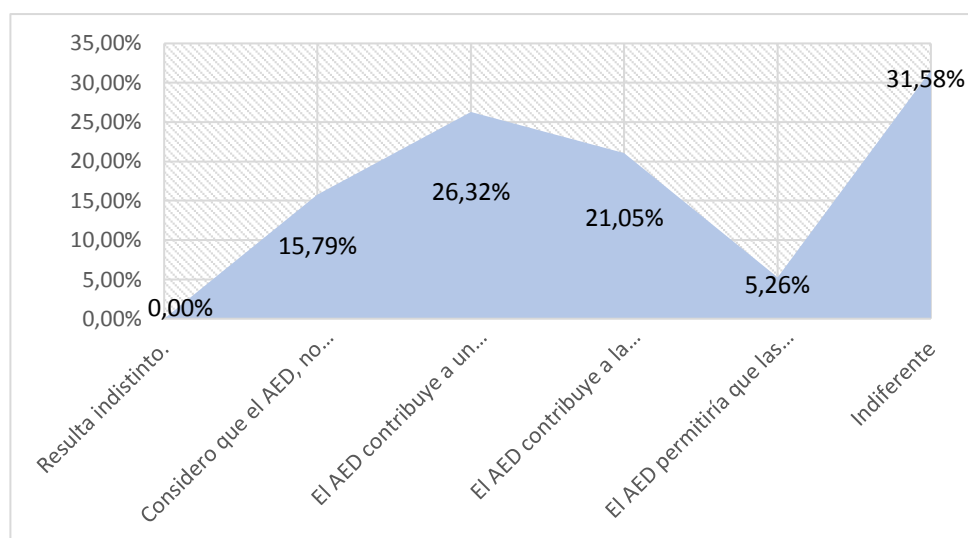
Esta pregunta fue planteada a partir de lo previsto en el Art. 317 del COIP, donde se contempla tanto la pena privativa de la libertad, así como una sanción monetaria (multa). Desde la cual se busca identificar cual genera mayor efectividad. A lo cual 26,32 % de los expertos expresaron que se debería aplicar de manera simultánea las dos sanciones (privativa de la libertad y pecuniaria), porque presentan objetivos y resultados similares. El 36,84% considera que la pecuniaria es más efectiva que la privativa de la libertad. Mientras que el 21,05% considera que la pena privativa de la libertad es más efectiva que la sanción pecuniaria. Finalmente, el 15,79% se mantuvo indiferente a responder esta pregunta.

Gráfico 8: Pena proporcional entre sanción pecuniaria y pena privativa de la libertad**Tabla 13:** Pena proporcional entre sanción pecuniaria y pena privativa de la libertad

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|------------|----------------|
| La sanción privativa de la libertad debe ser mayor que la sanción pecuniaria en todos los casos. | 1 | 5,26% |
| Mayor multa, menor tiempo en un centro de reclusión. Quienes logren responder con un mayor monto económico deberían tener una sanción privativa de la libertad menor. | 0 | 0,00% |
| La sanción pecuniaria y la privativa de la libertad deben ser proporcionales. | 2 | 10,53% |
| La única sanción que debería ser impuesta es la patrimonial al tratarse de un delito económico. | 0 | 0,00% |
| Se debería aplicar únicamente la sanción privativa de la libertad (al resultar más efectiva). | 0 | 0,00% |
| Indiferente | 16 | 84,21% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

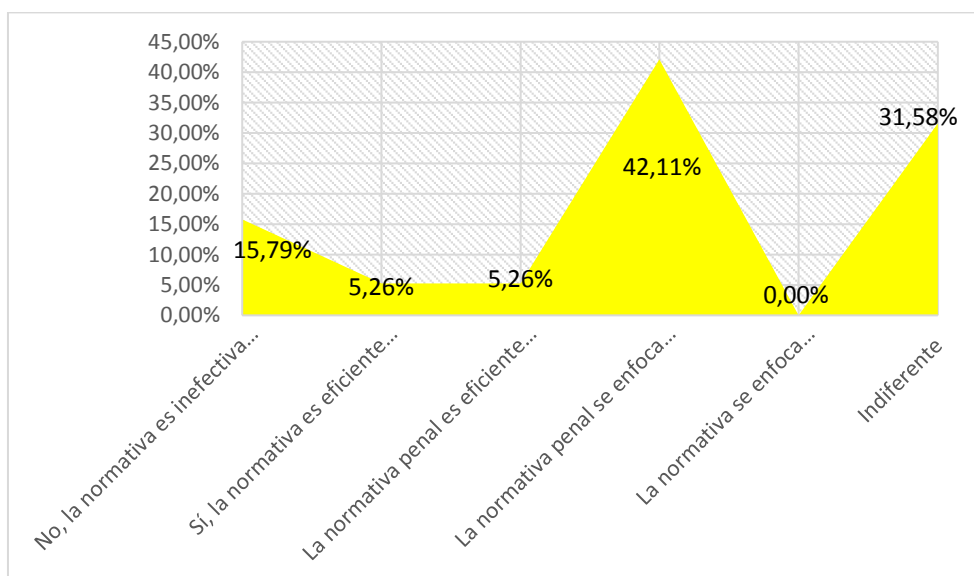
En esta pregunta el 84,21% de los entrevistados se expresaron como indiferentes a la respuesta de una pena óptima. El 10,53% de los entrevistados considera que la sanción pecuniaria, así como la privativa de libertad tiene que ser proporcional al monto del ilícito. Finalmente, el 5,26% expuso que la sanción privativa de la libertad debe ser mayor que la sanción pecuniaria en todos los casos, considerando que es más efectiva.

Gráfico 9: El Análisis Económico del Derecho es útil para la elaboración de normas penales**Tabla 14:** El Análisis Económico del Derecho es útil para la elaboración de normas penales

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|--|------------|----------------|
| Resulta indistinto. | 0 | 0,00% |
| Considero que el AED, no genera mayor aporte en una mejor elaboración de normas penales. | 3 | 15,79% |
| El AED contribuye a un diseño las penas proporcionales y, por consiguiente, reduce el costo social del sistema punitivo. | 5 | 26,32% |
| El AED contribuye a la correcta estructuración de las normas penales. | 4 | 21,05% |
| El AED permitiría que las normas penales sean flexibles y de mayor aplicación. | 1 | 5,26% |
| Indiferente | 6 | 31,58% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

Esta pregunta buscaba indagar si consideran que el AED es una herramienta útil y efectiva para planificar la política criminal. A lo cual el 31,58% se mostró indiferente, factor que la gran mayoría manifestó que era porque no conocían que era o la funcionalidad/ejecución de este. El 15,79% considera que el AED, no genera mayor aporte en una mejor elaboración de normas penal. Por otro lado, el 26,32% considera que el AED contribuye a un diseño proporcional de las penas y, por consiguiente, reduce el costo social del sistema punitivo. Así también, el 21,05% considera que el AED contribuye a la correcta estructuración de las normas penales. Finalmente, el 5,26% considera que el AED permitiría que las normas penales sean flexibles y de mayor aplicación.

Gráfico 10: Eficiencia normativa a partir de la aplicación de la normativa penal de la región**Tabla 15:** Eficiencia normativa a partir de la aplicación de la normativa penal de la región

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|------------|----------------|
| No, la normativa es inefectiva respecto de la prevención. | 3 | 15,79% |
| Sí, la normativa es eficiente respecto al aspecto preventivo. | 1 | 5,26% |
| La normativa penal es eficiente respecto del carácter preventivo, pero no posee carácter disuasivo. | 1 | 5,26% |
| La normativa penal se enfoca desmedidamente en sancionar. Resulta ineficiente respecto de su carácter preventivo. | 8 | 42,11% |
| La normativa se enfoca mayormente en desarrollar el carácter preventivo. | 0 | 0,00% |
| Indiferente | 6 | 31,58% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

La finalidad de esta pregunta es indagar el criterio que tienen los expertos respecto de la eficiencia de la normativa penal en materia de lavado de activos. El 5,26 % considera que la normativa es eficiente respecto del carácter preventivo; mismo porcentaje que considera que posee un carácter preventivo, pero no disuasorio. El 15,79% considera que la norma es inefectiva respecto de prevención. El 31,58% se muestra indiferente ante esta pregunta. Finalmente, el 42,11% expresa que la normativa penal se enfoca desmedidamente en sancionar pero que resulta ineficiente respecto de su carácter preventivo.

Gráfico 11: Reacciones que proporcionan las normas jurídicas (países de la CAN – lavado de activos) en los potenciales infractores

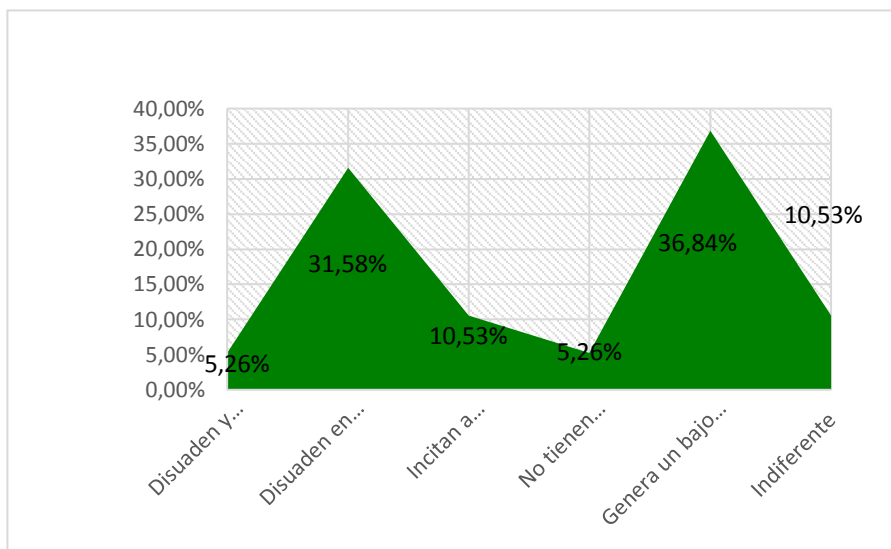


Tabla 16: Reacciones que proporcionan las normas jurídicas (países de la CAN – lavado de activos) en los potenciales infractores

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|------------|----------------|
| Disuaden y previenen de manera efectiva. | 1 | 5,26% |
| Disuaden en cierta medida, pero no alcanzan un nivel óptimo de disuasión. | 6 | 31,58% |
| Incitan a cometer el ilícito (actúan como incentivos perversos). | 2 | 10,53% |
| No tienen ningún efecto, la decisión de delinquir no depende de la estructura de la norma. | 1 | 5,26% |
| Genera un bajo impacto disuasivo, por la restringida aplicabilidad (por parte de los operadores jurídicos competentes). | 7 | 36,84% |
| Indiferente | 2 | 10,53% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

A partir de esta pregunta se buscaba conocer que reacciones generan las actuales normas jurídicas, que regulan el lavado de activos sobre los potenciales infractores. El 5,26% considera que disuaden y previenen de manera efectiva; un porcentaje similar consideran que no tienen ningún efecto, porque la decisión de delinquir no depende de estas. El 10,53% considera que incitan a cometer el ilícito porque actúa como incentivos perversos, mismo porcentaje que se pronuncia como indiferente. Mientras que el 31,58% considera que disuaden en cierta medida, pero no alcanza un nivel óptimo de disuasión. Finalmente, el 36,86% expresa

que genera un bajo impacto disuasivo, por la restringida aplicabilidad (por parte de los operadores de justicia)

Gráfico 12: Distinciones más específicas entre categorías de lavado de activos

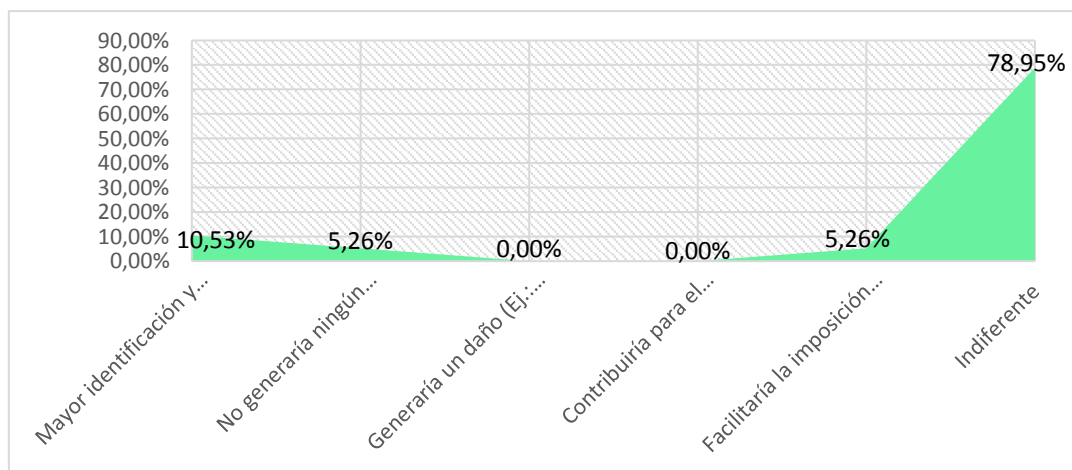


Tabla 17: Distinciones más específicas entre categorías de lavado de activos

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|--|------------|----------------|
| Mayor identificación y justificación de los ilícitos relacionados con el lavado de activos, pudiendo introducir/iniciar medidas preventivas. | 2 | 10,53% |
| No generaría ningún aporte, la distinción sería de poca utilidad. | 1 | 5,26% |
| Generaría un daño (Ej.: entorpecimiento de las actuaciones/procesos judiciales). | 0 | 0,00% |
| Contribuiría para el estudio del delito, no para la sanción. | 0 | 0,00% |
| Facilitaría la imposición de una pena justa y óptima (en términos de disuasión/prevención). | 1 | 5,26% |
| Indiferente | 15 | 78,95% |
| Total | 19 | 100,00% |

Fuente: Survey Monkey Entrevista Digital;
Elaboración propia 2020

Esta pregunta buscó identificar el efecto de distinciones más específicas en las categorías de lavado de activos dentro de la normativa penal. A lo que el 78,95% de los expertos se manifestaron indiferentes a esta posibilidad. El 5,26% respectivamente expuso que: facilitaría la imposición en una pena justa y óptima (en términos de disuasión/prevención); y un porcentaje similar, consideró que no generaría ningún aporte, la distinción sería de poca utilidad. Finalmente, un 10,53% asevero que la mayor identificación y justificación de los ilícitos relacionados con el lavado de activos, pudiendo introducir/iniciar medidas preventivas.

4.2. Lavado de Activos: Consideraciones metodológicas para la no selección de precedentes judiciales

La importancia de la jurisprudencia es poder establecer la predictibilidad de las reglas legales y de la actuación de las instituciones tiene impacto de aprobación y confianza de la sociedad en el poder judicial. Razón por la cual debe existir certeza en el cumplimiento y coherencia respecto de las instituciones, permitiendo conocer el contenido real a aplicarse en relación con el sistema, brindado “seguridad jurídica”.

A partir del enunciado anterior, es necesario establecer criterios que permitan delimitar las características y función de las sentencias, como se desarrolla consecuentemente en el esquema, pero consideramos importante partir de la aseveración de Dworkin al realizar una analogía entre el escritor de literatura y el juez en relación con el derecho,

“cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas jurídicas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy.” Dworkin citado por Oteiza.

Figura 4: Aspectos para definir una jurisprudencia.

Justificación de la importancia del precedente:

- Garantizar independencia de los jueces.
- Suplir ausencia de normas, falta de precisión de estas, consagrar o reconocer la costumbre.
- Solidez y predictibilidad del sistema jurídico, evitando que se atente contra lo justo o legal, generando efectos y consecuencias en la sociedad.
- Generar un escudo contra el poder político, respetando la división y potestad de los poderes del estado.
- Obligatoriedad de acatar precedentes en casos de hecho y de derecho similares. (Balanza inclinada a los hechos y no a la interpretación antojadiza del juez).
- Posea valor en sí mismo a través de una correcta y razonada fundamentación, marginación de prejuicios e intereses subalternos, apartándose de la política y actuando con equidad.
- Inspirada en las anteriores (ratificación, distinguiéndolas o modificándolas); estableciendo su fundamentación y publicación que genere transparencia, consolidación y seguridad jurídica.

- Posea fuerza de ley frente a casos análogos que se resuelvan de manera similar.

Valores centrales:

Estabilidad en el sistema jurídico.

- Certeza – seguridad jurídica. Conocimiento anticipado del resultado de la existencia de un conflicto.
- Predictibilidad - saber a qué atenerse. Decisiones consistentes, evitando sentencias contradictorias o erráticas.
- Aspectos que al ser observado proveen de poder al sistema judicial, el cual provee la última posibilidad de solución de controversias y la creación de derecho con autoridad moral y poder efectivo.

Importancia de la publicación de las sentencias

- Expande la predictibilidad, mejora la comprensión de la aplicación de la ley frente a específicos hechos.
- Brinda certeza, el aumento de cumulo de hechos la vuelve más sólida e impide que se genere una interpretación antojadiza.
- Estabilidad en la doctrina y la práctica, se puede ignorar el precedente dictado una vez, pero no cuando se lo hizo una docena de veces.
- La acumulación de decisiones contribuye a aclarar puntos oscuros y de ser el caso solicitar una reforma normativa en casos de controversias constantes.
- Mecanismo de control de calidad, pudiendo discutir y corregir cualquier error.
- Presenta a la sociedad que la justicia se lleva a cabo, no hay nada oculto y el trabajo está sujeto a escrutinio.

Consistencia en la calidad

- Generación de incentivos para que la racionalidad en derecho y aplicación sea superior.
- Eleva eficiencia en función jurisdiccional en general y sentencias en particular. Apoyado en el análisis que hará la comunidad jurídica y la sociedad.

Reducción de la carga procesal

- Brinda la seguridad de como los jueces deben resolver casos similares de manera anticipada, pudiendo resolver con mayor efectividad y rapidez.

Consecuencias abogadas, partes y sociedad

- Abogado: obligación de anticipar a su cliente la existencia de un precedente que afecte sus intereses y la manera de interpretación.
- Eleva el nivel técnico de la profesión, obliga a la permanente actualización y análisis.
- Promueve credibilidad, respeto, confianza respecto del sistema.
- Producir precedentes de calidad y no de cantidad.

Beneficios

- Generación de mecanismos que impulsen la *PREDICTIBILIDAD* de las decisiones judiciales, promoviendo la credibilidad del poder justicia, la lucha contra la corrupción, mecanismos que coadyuven a la capacitación de jueces, contribuyendo al reforzamiento de la seguridad jurídica (connotaciones político, económico y social).
- Celeridad del servicio de administración de justicia, a partir de la predictibilidad de decisiones existirá una curva decreciente en la carga procesal. Se evitarían discusiones reiterativas y se identificaría líneas de jurisprudencia.
- Preservación de la coherencia del derecho respecto del tratamiento, estudio y sentencia respecto de los procesos.
- Garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso, buscando un sistema de justicia enfocado en resoluciones más justas y beneficiosas.
- Respeto hacia la administración de justicia, imparcialidad en los procesos y eliminación de la corrupción y la influencia de los otros poderes del estado o de políticos en las decisiones de los jueces.

Fuente: Pasquel (2014) y Oteiza (2010).
Elaboración propia 2020

A partir de las puntualizaciones realizadas en el cuadro anterior referente a las características y valores centrales del precedente, no se ha considerado a ningún precedente jurisprudencial obligatorio ecuatoriano en materia de lavado de activos, puesto que no cumplen con los parámetros señalados en el esquema.

Al revisar la página de la Corte Nacional de Justicia, específicamente la sección de “Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios” no se encontró ningún precedente referente a materia de lavado de activos a partir del año 2009 hasta la fecha actual. De igual manera, se han encontrado varios procesos de casación, sin embargo, no se encuentran relacionados con el tema de estudio porque estos procesos de casación no se encuadran principalmente en la aplicación del artículo 317 del COIP.

No han sido ratificados por tres ocasiones como lo establece la ley, tampoco se evidencia que han generado un escudo contra el poder político o han respetado la división y potestad de los poderes del estado. No han resuelto problemas de aplicación o vacíos legales que la norma establece, por ejemplo, si es únicamente un delito doloso, la actuación o práctica

del delito precedente, tampoco han demostrado una actuación eficiente de aplicación de la normativa.

Tampoco se ha evidenciado la generación de solidez y predictibilidad de la sociedad, generando efectos o consecuencias en la sociedad y la visión que esta posee de la administración de justicia. Por lo tanto, se deduce que para la sociedad el sistema de administración de justicia aún padece de una marcada debilidad institucional y como popularmente se sostiene, que favorece a aquellos delincuentes de cuello blanco o que poseen una amplia capacidad financiera.

Desde esa acepción, es evidente que la balanza no se inclina a los hechos y al derecho, sino a la interpretación antojadiza o influenciada del juez. De esta manera, no se ha encontrado una correcta línea de jurisprudencia la cual sea fundamentada de manera correcta y razonada, que produzca efectos y sea aplicable a casos posteriores análogos en hecho y en derecho.

CAPÍTULO V

5.1. Decisión de delinquir frente a los estímulos proporcionado por la norma y por el sistema de administración de justicia en el Ecuador

En esta sección se enlazarán las disquisiciones establecidas a lo largo de esta disertación, buscando demostrar la influencia de los estímulos proporcionados por la norma y la aplicación de ésta en los procesos descritos en los literales anteriores, con el fin de identificar los estímulos percibidos por el delincuente para evitar adecuar su conducta al tipo penal de lavado de activos. Para ello se estudiarán los costes y beneficios concebidos por el sujeto, se realizará un acercamiento a la norma y consecuentemente a la aplicación de esta en la realidad ecuatoriana (porcentaje de sentencias, correcta aplicación de la norma y datos estadísticos), logrando determinar si existe un efecto disuasivo en la sociedad respecto del cometimiento de este delito.

En primer lugar, tomando como referencia los procesos mencionados anteriormente, podemos deducir que en la mentalidad del delincuente se puede avizorar un beneficio explícito, principalmente direccionado a la inyección de capital y el gran porcentaje que se volvería lícito en corto tiempo, el poder económico y adquisitivo que obtendría como persona natural o jurídica, aspectos obtenidos respecto del sistema financiero legal. De la misma manera, podría volverse a inyectar ese capital para refinanciar otro tipo de actividades ilícitas y continuar o incrementar la vulneración de bienes jurídicos. Consideramos que se puede apreciar que el delincuente, en cualquiera de los casos mencionados anteriormente avizora réditos económicos significativos.

Sin embargo, la decisión de delinquir va más allá únicamente de los intereses y beneficios avizorados por la racionalidad económica del delincuente, puesto que gran importancia ejerce la influencia de los estímulos proporcionados por la norma y el entorno (aspectos estudiados

por el AED), pudiendo partir de cuestionamientos como: ¿El sujeto conoce los costes totales del ilícito? En otras palabras, ¿el sujeto conoce la sanción a imponerse (más allá de la privación de la libertad) ?, ¿El delincuente avizora los costes de la multa, comiso de bienes? Y finalmente el punto que consideramos trascendental al final de este trabajo, ¿conoce la certeza con la que se impone una sanción respecto de los lineamientos proporcionados por la norma?

Con el propósito de responder la pregunta anterior, recordemos que el AED interpreta y concibe a la ley como una pauta de convivencia, que según Becker (1974, s.p.) se la traduce como mecanismos de coordinación y solución de conflictos, que pretende armonizar la vida en sociedad. En este caso, el artículo 317 versa respecto del lavado de activos, desarrollando en su contenido la descripción de una conducta no deseada, la cual es reprochada y consecuentemente sancionada por el Estado, sancionado con pena privativa de la libertad, comiso de bienes, imposición de una multa y responsabilidad de la persona natural como jurídica, todo dentro de un mismo proceso penal (reducción-costos en la administración de justicia), proporcionando sinergia a la lucha y representación del estado.

En tal sentido, se aprecia que el artículo parte de cuatro modalidades esenciales del tipo penal que son: “conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia” (Caro, 2019), empero en su contenido desarrolla y “abarca todas las conductas del *iter criminis*: el planteamiento, la ejecución y el gozo o uso de esos dineros” (Vega, 2019), abarcando así un espectro más grande, permitiendo un mayor campo de acción para investigar y combatir este penal, consecuentemente disminuyendo la posibilidad de dejar impunes ciertas conductas. Consideramos que el tipo penal en su lenguaje es bastante claro y de fácil entendimiento, por lo tanto, aseguraría que el delincuente puede identificar fácilmente las sanciones/consecuencias de su conducta.

Sin embargo, concuerdo con una crítica realizada por la Dra. Araujo (2014) respecto del conocimiento que debe tener el sujeto sobre la ilicitud de los activos, puesto que el artículo no establece si nos encontramos frente a un delito únicamente doloso o que también admite la culpa para su configuración. Pero, a partir del lenguaje del artículo se puede identificar que es requisito indispensable el tratar con activos de origen ilícito y la intención de la persona para darles la apariencia de lícitos, conocimiento que permite encuadrar la conducta en un delito doloso. A pesar de ello, consideramos que también podría configurarse lavado de activos mediante dolo eventual, pudiendo referirnos al contenido del Acuerdo Plenario No.3-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Perú que argumenta:

la ley exige, pues, que, cuando menos el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito (García, 2013).

En efecto, consideramos que este criterio es aplicable a nuestro ordenamiento y realidad jurídica, dado que en el dolo eventual la persona no tiene la intencionalidad de causar un daño, sin embargo, existe un riesgo alto de causar daños, el cual es avizorado por el sujeto que ejecuta dicha conducta y asume la responsabilidad; considerando también que Ecuador posee un sistema amplio respecto del delito previo. No obstante, consideramos que el tipo penal materia de estudio, no podría aceptar la modalidad culposa, puesto que el desconocer que se trabaja o se posee activos de origen ilícito desnaturalizaría la intencionalidad de darles apariencia de legitimidad y desde mi concepción se caería en un error de tipo. Excluyendo estas observaciones consideramos que el artículo es entendible y permite tener claras las consecuencias para el sujeto que ejecute este tipo penal.

Ahora bien, partamos de las características detalladas en los casos y la realidad apreciada a partir de la tabla 8 “desglose del historial de lavado de activos; 2020”, en la cual se aprecia

la existencia de muchos casos (461) y pocas condenas (8), cabe destacar que en esos porcentajes no se ha mencionado los procesos que por inacción de los sujetos obligados a reportar no se han reportado o de aquellos que no se ha tenido conocimiento. Dentro del mismo gráfico se ha establecido que apenas el 19% (88) de esos casos se consideran delitos o pudieron llegar a una audiencia de formulación de cargos y recibieron sentencia apenas en el 2% (8). Se puede evidenciar que el número de casos conocidos es demasiado amplio y el número de sentencias es mínimo, aspecto que desde mi perspectiva deja mucho que desear y genera el cuestionamiento ¿Qué efecto genera este fenómeno en la mentalidad del delincuente?

De acuerdo con Miltenberger (2013) esto se definiría como un “exceso conductual a la ocurrencia de conductas no deseadas” (p. 40), esto significa que la conducta no deseada se presenta de manera constante a pesar de ser reprochada y castigada, en ciertas ocasiones aumentan el porcentaje de ocurrencia (cometimiento) o simplemente se mantienen (no existe una disminución considerable). En este caso específicamente a partir de la psicología conductual se podría establecer que la falta de disminución de la conducta se puede deber a una indebida aplicación del castigo establecido en la norma, lo que generalmente produce el efecto contrario al deseado (eliminación o disminución del cometimiento del lavado de activos en la sociedad ecuatoriana).

De esta manera, al formular un castigo (catálogo de penas descritas en el artículo 317) y no imponerlo de la manera adecuada en la totalidad de casos, imponiendo consecuencias menores en ciertas ocasiones sin expresar una motivación adecuada, reduce el impacto del estímulo aversivo en la mentalidad del delincuente y de la sociedad, eliminando o mermando el reforzamiento negativo de la conducta. En otras palabras, se considera que un método de modificación de conducta (castigo) es eficiente cuando es impuesto cada vez que la conducta ocurre, respetando los parámetros o lineamientos previstos para la imposición de este castigo.

De esta manera, el sistema será eficiente y cumplirá con el fin buscado y servirá de método disuasivo respecto de otros sujetos de la sociedad (potenciales y posibles delincuentes).

A fin de profundizar lo descrito en el párrafo anterior, refirámonos a los casos descritos anteriormente. En el primer caso recordemos que el monto del ilícito se fijó entre USD 3 – 5 millones. La sentencia condenaba a 5 de los imputados a cumplir 11 meses de pena privativa de la libertad y una multa de 200 SBU (2016); respecto de las personas jurídicas (2), aunque fiscalía nunca se refirió a ellas como imputados en la audiencia de juzgamiento se ordenó su liquidación. Como se explicó en el apartado anterior (costes concebidos por el delincuente), la sentencia no posee motivación, la pena impuesta es incongruente y de menor valor (temporal y monetaria) respecto de los hechos descritos y de la establecido en la norma, generando un precedente erróneo e ineficiente frente a la sociedad.

En el segundo caso el monto del ilícito comprendía la suma de USD 360 mil percibidos durante 1 mes de trabajo, producto de estafas y de comercialización de sustancias sujetas a fiscalización. La sentencia fue de 11 años de privación de la libertad y la multa de 40 SBU (USD 760 000.00), así como el comiso del vehículo. En este caso se puede apreciar una sanción eficiente, que respeta los parámetros estipulados en la norma, generando un precedente disuasivo y eficiente a la vista de la sociedad, concibiéndose el castigo como un costo alto para el delincuente. Ahora bien, esa dualidad al momento de aplicar la ley, en ciertas ocasiones apegada a los preceptos estipulado en la norma y en otras ocasiones ignorándolo, irrespetando la pena mínima estipulada, sin coherencia, generan una brecha respecto de la cual el delincuente avizora la posibilidad de un costo menor o de no ser sancionado.

Por consiguiente, a partir de la concepción de Miltenberger (2013) podemos precisar que para que un castigo sea eficiente como método de modificación de conducta es necesario establecer la certeza de imposición de la pena, la contingencia de la conducta y la magnitud

del castigo. Aspectos, que desde mi concepción generalmente se han inobservado como lo demuestran los casos analizados y las estadísticas presentadas. A partir del AED y la interpretación que realiza de Beccaria, se expresa que una ley puede convertirse en un método eficiente para prevenir delitos, aplicando “tres elementos: severidad, celeridad y certeza” como lo menciona Hernández (2019), quien considera que la severidad y la celeridad ejerce un papel importante, pero la certeza de imponer el castigo es el más importante de ellos, este elemento es trascendental para disuadir el cometimiento en la mentalidad económica de los sujetos.

Continuando con esta visión, entendiendo el delito y la administración de justicia como un mercado donde se sitúa el sujeto, lugar desde el cual tiene que avizorar todas las opciones del mercado, previendo el resultado de sus decisiones iniciales y utilizando esa información proyectar su mejor opción. Es así como el sujeto delinquirá observando la probabilidad de captura y condena, centrando su atención principalmente respecto de la severidad y la certeza con la que se imponga la pena, tanto en el aspecto de tiempo y dinero. Centrándonos en la realidad ecuatoriana descrita, evidentemente a manera personal consideraría que el mercado se encuentra ahí y las probabilidades (beneficios) para cometer el tipo penal de estudio son amplias y el costo relativamente varía, pero tengo una alta probabilidad de que este sea mínimo, pues no existe certeza ni severidad respecto del castigo a imponerse.

Así también, podríamos enfatizar que más que la pena privativa de la libertad en lo que debería priorizarse es en la sanción monetaria, la multa y el comiso de los bienes, factores concebidos en la norma. Hernández (2019) considera que en “los delitos económicos principalmente lo que se debe atacar ese beneficio monetario”, expresa que “se ha comprobado que principalmente en delitos económicos estipular penas pecuniarias les duele más que las penas privativas de la libertad... pero deben ser penas pecuniarias que en ese caso su deben ser extremas”, aseveración compartida por Vega (2019) quien expresa que en los “delitos de

naturaleza económica deben incidir efectivamente en aquel interés que tiene estos delincuentes de cuello blanco que es el tema económico. La cárcel no funciona siempre”.

Sin embargo, cuando apreciamos el primer caso, evidentemente no existe una relación coherente entre la pena impuesta y el monto del ilícito. El COIP nos habla de la imposición de una multa correspondiente al doble del valor del ilícito, factor que no se evidencia en la sentencia del primer proceso, es más se aprecia que la sanción ni siquiera recupera el 70% del valor del ilícito, factor que merma el fin de sancionar la pena y el objetivo de proteger a la sociedad de la reinserción de esos capitales y el poder que otorga a los delincuentes. Evitando que se pueda “vincular los activos materia de lavado a través de elementos de convicción, de indicios suficientes y razonables con el delito previo” (Flores, 2020), dejando posiblemente e la impunidad el delito previo también.

Comparto la aseveración realizada por Vega, quien explica que

podemos considerar que una sanción pecuniaria o económica proporcional y adecuada en vez de determinadas penas o en vez de prisiones efectivas puede darse; lo que si se pudiera hacer es eliminar ciertas capacidades o derecho económicos de las personas a cambio de que conserven su libertad. Cualquiera preferiría en vez de irse a la cárcel, el no volver a cometer el mismo ilícito, una sanción perpetua, y en ese caso, en esa sanción el Análisis Económico del Derecho puede ser una herramienta importante.” (2019)

Aspectos que son considerables y desde nuestro punto de vista beneficiosos dada la realidad del país, donde el sistema penitenciario no genera una readaptación de la persona o la reintegra en la sociedad, más aún cuando hay hacinamiento, carencia de programas de reinserción y popularmente se la conoce como la escuela del crimen, donde los presos en su generalidad aprenden a ejecutar/cometer una mayor cantidad de delitos. Pero, poder tomar en consideración estas alternativas a la pena privativa de la libertad es necesario que tanto fiscales como jueces ahonden en los conocimientos respecto del lavado de activos, que tomen en consideración las decisiones y lineamientos emanados de cortes superiores y me atrevería a decir que de afuera también. No es posible, como se avizora en el primer proceso estudiado

que, con el fin de obtener una pena, el fiscal a cargo de ese proceso inobserve procesos y la ley.

Me atrevo a decir que de cierta manera existe carencia de conocimiento y acuerdos entre los administradores de justicia y fiscales, porque, aunque el artículo específicamente nos dice que el lavado de activos es autónomo de otros delitos, “nosotros aún seguimos discutiendo si existe autonomía o no del lavado de activos en relación con el delito previo” (Caro, 2019); de la misma manera, se demuestran vacíos y discusión respecto de las características de este tipo penal. Consideramos que si se presentan este tipo de contradicciones y errores respecto de factores tan importantes, tenemos como consecuencia vacíos de punición, sentencias erradas y no solo eso, gasto de presupuesto en investigaciones que prescriben, que desde un primer momento no debían proceder, es un claro ejemplo el primer proceso, donde el fiscal por desconocimiento de la norma realiza todo el proceso utilizando como argumento el cometimiento de un delito que no estaba tipificado antes del COIP como delito “minería ilegal”.

De esta manera, consideramos que la ley existente efectivamente por su redacción como se mencionó anteriormente es eficiente en términos de estructura, contempla todo el iter criminis y es bastante clara, de fácil comprensión. Sin embargo, consideramos que no puede ser identificado como un método disuasivo netamente en la práctica, por la errónea o ineficiente aplicación que en varios casos se ha podido evidenciar. Y consideramos esta ley no logra desincentivar la comisión de este tipo penal porque “desde esa figura del óptimo de Pareto, de Kaldor Hicks, como eventualmente el hecho de que existan penas altas no logra desincentivar la comisión de delitos frente a un sistema totalmente debilitado de administración de justicia” (Hernández, 2019). Desde la perspectiva económica del derecho

se consideraría que existen fallos en la asignación y distribución de los recursos.

Consecuentemente, se establece que

hay falta de efectividad de la administración de justicia. Ósea, aunque haya penas y aunque haya legislación y haya tratamientos procesales, que ya van a contrarrestar esta clase de flagelo, sino tenemos un buen sistema de administración de justicia, atado a una buena fórmula de policía que permita la captura de esas personas, nunca va a ser efectiva la legislación para efectos de contrarrestar ese flagelo. (Hernández, 2019)

Según los expertos este problema no se presenta solo en Ecuador, es un problema de la región, Caro (2019) menciona que “por falta de efectividad, hay muchos procesos, se inician los casos, pero siempre por decirlo de alguna manera el crimen está un paso adelante”, volviendo difícil aseverar que la lucha contra el lavado de activos sea exitosa, por lo menos en la región. De la misma manera, el iniciar tantos procesos y no llegar hasta el final, el permitir que prescriban los procesos, así como también e iniciar procesos sin una debida motivación es malgastar recursos, que en materia penal son de por si escasos y se podrían utilizar para llevar mejor los procesos, investigar procesos de manera “más acuciosa, rígida, aquellos delitos con una mayor incidencia económica, a partir de eso el Análisis Económico del Derecho es muy importante” (Vega, 2019).

5.2. Test de proporcionalidad

A partir del aporte de Sumar (2020, pp. 84 - 137) se puede establecer que la diferencia del ACB (económico), el test de proporcionalidad es legal y se aplica ex post. Es utilizado por los tribunales para determinar si las normas son razonables legalmente; sus pasos incluyen la constatación de que la norma o proyecto tiene:

- a. Fin constitucionalmente valido: Ley es acorde a la constitución, hace referencia a bien jurídico o derecho fundamental recogido en la Constitución.
- b. Adecuación: La norma, aunque sea teóricamente, cumple con la finalidad que se pretende alcanzar.

- c. Necesidad: existe otra norma que logre lo mismo, pero que afecte en menor medida los derechos de los involucrados.
- d. Proporcionalidad en sentido estricto: La afectación de derechos o intereses que suponga la medida sea razonable en comparación a los beneficios que se espera obtener de ella.

Test de Proporcionalidad

¿La norma tiene un fin constitucionalmente válido?

En esta propuesta consideramos que la norma, en primer lugar, busca proteger el orden socio económico que es un aspecto jurídico importante, pero de igual manera la norma busca proteger otros bienes jurídicos que son afectados, principalmente el de la administración y eficiencia de la justicia.

Idoneidad: ¿La norma es adecuada para ese fin válido?

El mecanismo por el cual se busca que la norma consiga el propósito es reduciendo el cometimiento de lavado de activos y su afectación en el orden socio económico y de manera conjunta la afectación de otros bienes jurídicos, principalmente el de la administración de justicia. La conceptualización de tipo penal busca aumentar los costos del cometimiento del delito, “sanción económica, privativa de la libertad”, buscando que los posibles delincuentes no vean atractivo este negocio.

La tipificación como delito de primer momento genera un costo no atractivo a la vista de las potenciales delincuentes, porque según el monto del ilícito se plantea una pena acorde, la cual va aumentando significativamente. Hasta aquí el efecto realmente necesario y deseado es prohibir y sancionar de manera económica (multa del doble), privativa de la libertad

(tasación de la pena) y disolver la persona jurídica en los casos necesarios. Por tanto, la pregunta que se plantea en este momento es si existe alguna alternativa de regulación que pueda aumentar el beneficio disuasivo del lavado de activos sin afectar los bienes jurídicos.

La respuesta podría ser que no, en un inicio porque el costo de la pena va a ser proporcional al delito. Sin embargo, consideramos que en ciertos casos si pudiera realizar la aplicación de otra sanción a cambio de la pena privativa de la libertad, la cual va enfocada principalmente a eliminación o restricción de derechos y facultades de carácter económico, las cuales podrían ser de por vida. De esta manera se podría atacar el objeto del delito y afectar de menor grado los bienes jurídicos, de manera conjunta consideramos que el afectar principalmente el objeto económico de este delito, generaría mayor efectividad, porque resultaría en un costo mayor para el delincuente.

Necesidad: ¿Existe una alternativa menos gravosa?

Como se mencionó anteriormente, prohibir el lavado de activos genera un mayor costo, mayor a la vista de la sociedad y de los posibles y potenciales delincuentes. Sin embargo, dada las características de hacinamiento y falta de efectividad del sistema penitenciario considero que la restricción de derechos y facultades económicas en los delincuentes y la correcta aplicación de esta norma, generarían un incentivo disuasivo más eficiente y eficaz que la norma actual.

De esta manera la restricción de derechos y facultades económicas en el mercado, aumentarían los costos del delito, afectando en menor grado los bienes jurídicos protegidos en que lo hace la norma actual. Consideramos que restringir derechos económicos es menos grave que afectar el derecho a la libertad de ciertas personas, acompañado de que en estos delitos de

carácter económico lo que se busca es evitar es el cometimiento futuro de estos delitos y la reducción gradual del cometimiento actual, lo que se produciría únicamente cuando el delincuente quede completamente restringido de acceder al campo económico o por lo menos al relacionado con el mismo capo de acción del ilícito cometido.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El lavado de activos, en la actualidad sigue siendo un grave problema presente en la realidad ecuatoriana y de la región. Ecuador adecuó su conducta a los lineamientos internacionales para combatir el lavado de activos, mediante cambios legislativos que se recogieron en el Código Orgánico Integral Penal (COIP); sin embargo, existen ciertos aspectos que deberían ser considerados y estudiados a partir de la realidad regional y específicamente del país, ya que la probabilidad de riesgo legal de verificación de conductas criminalizadas varía considerablemente respecto del sistema americano.

La tipificación del lavado de activos se encuentra en el artículo 317 del COIP. Podemos considerar esta regulación como, la cual se considera eficiente, porque abarca todo el *iter criminis*, establece responsabilidad de la persona natural y de la persona jurídica, prevé una tasación del monto del ilícito cometido para, consecuentemente, a partir de esa cantidad, establecer tanto la pena en medida de tiempo (pena privativa de libertad), como en medida pecuniaria (multa y comiso de bienes), estableciendo un mínimo y un máximo para la imposición de la pena.

Pero juzgadores y fiscales continúan discutiendo respecto de algunos aspectos estipulados en la norma, entorpeciendo los procesos, generando sentencias discutibles y, por tanto, ineficientes, obstaculizando la realización del ideal de justicia.

Podemos afirmar que la ley es eficiente, pero su aplicación es ineficiente, a causa de las deficiencias en la administración de justicia y, en ciertas ocasiones, por la incorrecta actuación de fiscales, que han evidenciado ciertos desconocimientos de la norma y faltas de estrategia procesal, entre otros problemas.

A partir del Análisis Económico del Derecho (AED) y la psicología de la modificación de la conducta, se demostró que el establecer un castigo severo, pero con una aplicación incorrecta, elimina la certeza de castigo, provocando que el sujeto, considerado el potencial delincuente, deje de concebir al castigo como un coste. Esto impide la realización de la finalidad disuasoria de la norma, porque muestra mayor posibilidad de beneficio en la conducta ilícita, frente al costo (pena) que se vislumbra como poco probable de que se llegue a dar, o, si se impone, que sea muy bajo.

El AED brinda un aporte significativo al estudio del derecho, puesto que no centra su mirada únicamente en la ley o en la doctrina, sino que se sirve de la jurisprudencia, y de elementos auxiliares como el análisis del comportamiento de los sujetos involucrados, tanto el delincuente, como los órganos investigativos, jueces y fiscales, el estudio comparativo de costos y beneficios percibidos, para interpretar la eficiencia de la aplicación de una norma en la realidad de una sociedad.

La utilización del *design thinking* como método de trabajo implicó la aplicación de 5 etapas: “empatizar, definir, idear, prototipar y testear”. Lo que permitió enfocar el estudio del tipo penal de lavado de activos mediante entrevistas a expertos, pudiendo así establecer el objeto de análisis, identificar los problemas existentes y generar iniciativas respecto de posibles soluciones o alternativas para una mejor y más eficiente aplicación de la ley, de modo que ésta pueda cumplir con su efecto disuasivo.

Podemos afirmar que, en los delitos económicos, se debería dar la máxima importancia a eliminar el beneficio que aporta la realización de la conducta delictiva, en virtud de lo cual se podrían establecer medidas que privaran de derechos económicos al delincuente, evitando que sea recluso en un centro de privación de la libertad. De esta manera, el costo de la pena

económica bastaría para eliminar el beneficio obtenido, que asimismo es de naturaleza exclusivamente económica, y se cumpliría con el papel disuasivo buscado por el Estado, puesto que el negocio ilícito dejaría de ser rentable y atractivo, disminuyendo o eliminando su cometimiento.

Se debería proporcionar una instrucción adecuada a los fiscales, para proporcionarles un conveniente conocimiento de los parámetros necesarios para investigar y acusar en este tipo penal, donde no únicamente se contemple la información que proporciona la ley o la doctrina, sino que se enmarque de modo apropiado con un conjunto de datos y circunstancias relacionados a los casos, como, por ejemplo, las características del delito, el modo de utilizarlas pruebas, y la creación de estrategias procesales. De esta manera se evitaría que el sistema de justicia, en este aspecto resulte ineficiente e ineficaz.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. (2004) *traducido por Coria, D. “La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados: lavado de dinero”*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Bogotá-Colombia.
- Aranguéz, C. (2000), *“El delito de blanqueo de capitales”*, Edit. Marcial Pons, Madrid – España.
- Basel Institute on Governance (2019). *“Basel AML Index: 8th edition A country ranking and review of money laundering and terrorist financing risks around the world.”*, International Centre for Asset Recovery; Switzerland. Recuperado de <https://www.baselgovernance.org/sites/default/files/2019-10/Basel%20AML%20Index%208%20edition.pdf>
- Becker, G. (1974), *“Crime and Punishment: An Economic Approach”*; (p. 1 - 54). University of Chicago and National Bureau of Economic Research. Recuperado de <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>,
- Bejarano, J. (s.f.), *“El análisis económico del derecho: Comentarios sobre textos básicos”*. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/314/3216>
- Bermejo, conf. ROWLEY, CH.; *“Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories”*, en Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, Nº 81), Vol. I: Theoretical and Methodolog
- Berruezo, R., Coppola, N. (2018), *“El delito de blanqueo de dinero”*, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, Argentina.

Blanco, I. (2015), “*El delito de blanqueo de capitales*”, 4ta edición, Editorial Aranzadi. Pamplona - España.

Blanco, I., Caparrós, E. Prado, S., Santander, G., Zarzoza, J. (2014), “Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial.”, Quinta edición, N.W. Washington D.C. - Estados Unidos. Recuperado de https://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/LIBRO%20OEA%20LAVADO%20ACTIVOS%202018_4%20DIGITAL.pdf

Bonatti, P. (2019), “*Las meta decisiones y la teoría de la racionalidad instrumental mínima*”; Revista digital FCE – UNLP, núm. 13, 2019, Universidad Nacional de la Plata. DOI: <https://doi.org/10.24215/23143738e037>. Recuperado de <http://www.redalyc.org/jatsRepo/5116/511656802005/html/index.html>

Boyan, R. (2015), “*El lavado de dinero. Venta Científica, 5(9)*.” Recuperado de http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?pid=S2305-60102015000100007&script=sci_arttext

Cabanellas, G. (1993), “*Diccionario Jurídico Elemental*”, Editorial Heliasta S.R.L. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>

Cachanosky, J. (2007) *Economía, derecho y el “Análisis Económico del Derecho.”* Recuperado de http://institutoamagi.org/download/CachanoskyJuanCarlos-Econom%C3%ADayDerecho_An%C3%A1lisisEcon%C3%B3micodelDerecho.pdf

Calsamiglia, A. (1998) “*Justicia, Eficiencia y Derecho.*” Recuperado de <file:///C:/Users/danil/Downloads/Dialnet-JusticiaEficienciaYDerecho-1048059.pdf>

Caparros, F. (1998), “*El delito de blanqueo de capitales*”, Colex, Madrid – España; ISBN:978-84-7879-426-3.

Caro, D. (2015). *Lavado de activos y compliance*. Lima: Jurista editores E.I.R.L; Lima – Perú.

Castro, C. (2019), “*Manual de derecho penal*”, Tomo II, parte especial, segunda edición, editorial Temis, Bogotá – Colombia.

Clarke, R. y Cornish, D. (2014); “*The reasoning criminal, Rational Choice Perspectives on Offending, Transaction Publishers*”; Lybrari of Congress Cataloging in Publication Data. Recuperado

de:[https://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=MPmmAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=Clarke,+R.,+Cornish,+D.+\(%E2%80%A6\)+Rational+Choice&ots=FBwbOsXkIR&sig=jY9YZNyNvH6QYFG1dptpPsgpsqo#v=onepage&q=Clarke%2C%20R.%2C%20Cornish%2C%20D.%20\(%E2%80%A6\)%20Rational%20Choice&f=false](https://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=MPmmAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=Clarke,+R.,+Cornish,+D.+(%E2%80%A6)+Rational+Choice&ots=FBwbOsXkIR&sig=jY9YZNyNvH6QYFG1dptpPsgpsqo#v=onepage&q=Clarke%2C%20R.%2C%20Cornish%2C%20D.%20(%E2%80%A6)%20Rational%20Choice&f=false)

Coase. R (1960) “*The Problem of the Social Cost.*” Recuperado de <https://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>

Coloma, G. (2001), “*Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*”, ISBN 13: 9789875072060, Buenos Aires – Argentina.

Cooter, R. Ulen, T. “*Economic Analysis of Law*”, 4ª ed. Addison Wesley, Boston et al, 2004; https://scholar.google.com.ec/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_vis=1&q=COOTER%2C+Robert+%2F+ULEN%2C+Thomas%3A+Economic+Analysis+of+Law%2C+4%2C%AA+ed.+AddisonWesley%2C+Boston+et+al%2C+2004.&btnG=

Cornall, R. (2008). “*The effectiveness and efficiency of administrative law: the governmental perspective*”. Recuperado de <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/AIAdminLawF/2008/28.pdf>

Cornish, D. y Clarke, R. (1987), Conf. “*Understandig crime displacement: an application of rational choice theory*”, pp. 935; Recuperado de: <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.1987.tb00826.x>

De la Torre, C. (2017), “*Análisis de la Política Pública de Prevención de Lavado de Activos en el Ecuador*”, Universidad Central del Ecuador; Facultad de Ciencias Administrativas, Carrera de Contabilidad y Auditoría, Quito – Ecuador.

Diccionario de la Real Academia Española (2014), Edición 23. Recuperado de <https://www.rae.es/diccionario-de-la-lengua-espanola/presentacion>.

Diccionario del Español Jurídico Avalado por la Real Academia Española y por el Consejo General del Poder Judicial. <https://dej.rae.es/lema/eficiencia>

Durreieu, R. (s.f.); “*El bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero*”. Recuperado de <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id13/el-bien-juridico-prottegido-en-el-delito-lavado-de-dinero.pdf>

Enríquez, F. (2015), “*Ecuador en el círculo de lavado de activos.*”, Revista Perfil Criminológico, FGE, Quito – Ecuador.

GAFILAT (2017), “*Informe de amenazas regionales en materia de lavado de activos.*” Buenos Aires – Argentina. Recuperado de <http://gafilat.org/index.php/en/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/estudios-estrategicos-17/1244-analisis-de-amenazas-regionales-del-gafilat-actualizacion-2017/file>

García Cavero, P. (2013). El delito de lavado de activos. Lima: Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú.

García, P. (2007), “*Derecho Penal Económico*”. Parte Especial tomo II, Grijley Lima – Perú.

Hierro, L., (s.f.), Justicia, *igualdad y eficiencia*, pp. 22, Colombia. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/adter/n25/n25a1.pdf>

<https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=200811538;res=IELAPA;type=pdf>

Lara, J., Méndez, R., Álvarez, A., Macías, F. y Navalpotro Sánchez-Peinado, J. M. (2020). *Derecho y Economía: Régimen Jurídico del Control de Fusiones Empresariales en Ecuador*. Corporación de Estudio y Publicaciones, Quito – Ecuador.

Mariño, G. Chaparro, F. Medina, I. (2014); “*Determinantes en la prevención del riesgo para el lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT) en el sector real*”. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/adter/n25/n25a1.pdf>

Marteau, J. (2016). “*Criminalización del lavado de activos. Consideraciones Político-Criminales sobre la efectividad*”; Konrad Adenauer Stiftung; Argentina. Recuperado de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=10faa330-b913-4215-56df-51caf3a86fd5&groupId=287460

Martínez, C. (2005); “*La dimensión internacional del blanqueo de dinero*”, en *El Fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo General del Poder Judicial; Madrid - España.

Matute, J. (2018), “*El origen ilícito de los activos en el delito de lavado de activos del caso Coopera*”; Cuenca – Ecuador, Trabajo de titulación de Magister en Derecho Penal. Recuperado de: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/31162/1/El%20origen%20il%C3%ADcito%20de%20los%20activos%20en%20el%20delito%20de%20lavado%20de%20activos%20del%20caso%20Coopera.pdf>

- Matute, J. (2018), “El origen ilícito de los activos en el delito de lavado de activos del caso Cooperá”; trabajo de titulación para obtener el título de magíster en derecho penal; Cuenca – Ecuador. Recuperado de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/31162/1/El%20origen%20il%C3%ADcito%20de%20los%20activos%20en%20el%20delito%20de%20lavado%20de%20activos%20del%20caso%20Coopera.pdf>
- Méndez, R., Coca, D. y Alosilla, D. (2016). “*La eficiencia de la administración: un análisis comparado desde el enfoque neoinstitucional de los casos peruano y ecuatoriano.*” Recuperado de [file:///C:/Users/danil/Downloads/Art.%20Administrativo%20%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/danil/Downloads/Art.%20Administrativo%20%20(3).pdf)
- Méndez, R. y Álvarez, A. (2020). Regulación o desregulación: una reflexión desde el *design thinking*. Revista Desde el Sur, p. 365 -376.
- Montani, E. (2013-2014), “*Crímenes económicos, derecho penal y economía: prueba de dialogo*”; Temas de derecho penal Económico: Empresa y Compliance – Anuario de Derecho Penal 2013 – 2014, p. 31 – 56, Pontificia Universidad Católica del Perú; Perú. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_02.pdf
- Muñoz, N. (2006), “*La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?*”, InDret, Revista para el análisis del derecho; Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/380.pdf>
- Ortiz De Urbina, I., (2003), “*Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*”; Madrid – España.

- Ortiz de Zevallos, G. y Guerra, G. (1998), “*Análisis costo-beneficio de las normas. Instituto Apoyo*”, Lima, Perú ISBN: 9972-649-16-4. Primera edición. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/2B0C38FA671FFE08052578B2005EAE09/\\$FILE/1_analisis_costo_beneficio.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/2B0C38FA671FFE08052578B2005EAE09/$FILE/1_analisis_costo_beneficio.pdf)
- Oteiza, E. (2010), “*El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina*”. Recuperado de https://www.academia.edu/13173529/El_problema_de_la_uniformidad_de_la_jurisprudencia_en_Am%C3%A9rica_Latina.
- Palencia, M. (2016); “*el delito previo en el lavado de activos*”; Guayaquil – Ecuador; Recuperado de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7082/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-54.pdf>
- Palma, J. (2000), “*Los delitos de blanqueo de capitales*”, Edersa Editoriales, ISBN: 978-84-7130-967-9, Madrid-España.
- Parisi, F. (2010), “*Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho*”, Revista IUS ET VERITAS 41; Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12108/12674>
- Pasquel, E. (2004), “*Stare Decisis, Intercambios Comerciales y Predictibilidad. Una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial y promover las inversiones*”; Revista de economía y derecho; Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Recuperado de https://works.bepress.com/enrique_pasquel/24/
- Pastor, S.; “*Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*”, p.32.

- Pieth, M. (2006); “*Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung*”, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.), Beck, Munich. p. 15
- Pieth, M. Y Aiolfi, G. (2003); “*Anti-Money Laundering: Levelling the playing field*”, study by The Basel Institute on Governance, Commissioned by The Stiftung Finanzplatz Schweiz (Summary), Basel. Recuperado de www.baselgovernance.org/publications/working-papers
- Ponce, A. Piedrahita, P. Villagómez, R. (2019); “*Toma de decisiones y responsabilidad penal frente al lavado de activos en Ecuador*”; Scielo – Política Criminal; Ecuador. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000200365&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt#fn24
- POSNER, R. (1975); “*Economic Approach to Law*”, p. Texas Law Review, Vol. 53;757, 1975. Estados Unidos. Recuperado de https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://scholar.google.com.ec/&httpsredir=1&article=2881&context=journal_articles
- Posner, R. (2003). “*Economic Analysis of Law*; Aspen Publishers, Sexta edición; New York – Estados Unidos.
- Prado, V. (2005), “*El delito de lavado de dinero en el Perú*”, AA.VV., Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos, Proyecto de Justicia y Gobernabilidad, Santo Domingo, p. 13.
- Prieto, A. (2010), “*La desconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*”, Revista para el Análisis del Derecho; p. 1-36. Recuperado de <https://dialnet-unirioja-es.puce.idm.oclc.org/servlet/articulo?codigo=5996221>

Querol, N. (2014), “*Análisis económico del Derecho*”, Editorial Dykinson, Madrid – España, pp. 139 -154.

Ramírez, J. (2018); “El lavado de activos en el Ecuador: Análisis financiero, caso soberanía II”, Quito – Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4861/1/TESIS%20Ram%C3%ADrez%20Campoverde%20Jhon%20Mauricio.pdf>

Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNAN-Managua (2014). Recuperado de <https://www.lamjol.info/index.php/REICE>

Robbins, L. (1935), “*Essay on the Nature and Significance of Economics Science*”, 2da. Ed., p.16. cit. en Ortiz De Urbina, I; “El análisis económico del derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, en observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Courtis (Ed.), Trotta, Madrid, 2006, p. 324

Roldán, J.M. (2001); “*La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)*” en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*; Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España.

Roth, A. (2002), “*Políticas Públicas – Formulación Implementación y Evaluación*”, Ediciones Aurora, Bogotá D.C – Colombia; ISBN-10: 958913615X,

Salazar, D. (2018), *Las cifras del lavado de activos en el Ecuador*; DIN Ediciones; Quito – Ecuador.

- Saltos, M. (2019), “*Propuesta en torno a la recuperación de activos derivados de delito tipificado en el Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal*”; Cuenca – Ecuador. Recuperado de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/9026/1/14671.pdf>
- Serrano, A. (2011), “*Introducción a la criminología, Revista de derecho penal y Criminología*”, ISSN 1132-9955, N° 5, 2011, pp. 273-278. Recuperado de Dialnet, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3791934>
- Shavell, S. (1985), “*Revisión de la ley de Columbia*”, Vol. 85, núm. 6 (octubre de 1985), pp. 1232-1262, artículo de revista, El derecho penal y el uso óptimo de las sanciones no monetarias como elemento disuasorio, Publicado por: Columbia Law Review Association, Inc., DOI: 10.2307 / 1122393, <https://www.jstor.org/stable/1122393>, Número de páginas: 31
- Sumar, O. (2020). Fundamentos de Calidad Regulatoria: Aportes para la reformulación del “Régimen Ecuatoriano”, pp. 84-137 en Derecho y Economía Libre Competencia y Regulación, Centro de Publicaciones PUCE y GIDE, Quito – Ecuador.
- Sunstein, C. y Thaler, R. (2017) “*Un Pequeño Empujón*”, Madrid, España: Penguin Random House Group Editorial, S.A.U.
- Uribe, R. (2003). “*Cambio de paradigmas sobre el lavado de activos. El Observador*”, Observatorio Interamericano sobre lavado de activos, Unidad Antilavado de Activos, CICAD/OEA. Recuperado de http://www.cicad.oas.org/oid/new/information/elobservador/ElObservador2_2003/HistoriaLavado.pdf
- Valencia, I. (2015). La legislación ecuatoriana y su rol en la prevención, detección y erradicación del lavado de activos, Revista Alternativas Revista de la Pontificia universidad Católica del Guayaquil; Guayaquil – Ecuador. Recuperado de

<http://editorial.ucsg.edu.ec/ojs-alternativas/index.php/alternativas-ucsg/article/view/71/59>

Vaquer, M. (2012), “*El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo*”. Revista de Administración Pública. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/29404114.pdf>

Varela, E. y Verini, A. (2007), “*Normas sobre prevención de lavado de activos en Argentina.*”, pp. 73 – 92. Recuperado de <file:///C:/Users/ADMIN-MINEDUC/Downloads/DialnetNormasSobrePrevencionDeLavadoDeActivosEnArgentina-4268629.pdf>

Varela, L. (2016). “*razón filosófico-política a favor de la criminalización del blanqueo de capitales imprudente*”; revista de derecho penal y criminología, 3ª Época, nº 16 (julio de 2016), pp. 225-274; Recuperado de: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2016-16-5020/Lorena_Varela.pdf

Zambrano, A. (2010), “*LAVADO DE ACTIVOS Aproximaciones desde la Imputación objetiva y la Autoría mediata*”; Quito - Ecuador. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20160808_03.pdf

Zea, R. (2019). “*lavado de activos: análisis de la normativa desde el Contexto empresarial ecuatoriano*”, Trabajo de titulación para la obtención de Mgtr. Guayaquil – Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uees.edu.ec/bitstream/123456789/3125/1/ZEA%20PACHECO%20ROSA%20ELSA%20-%20MDEIII.pdf>

Base legal

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Administrativo. (7 de julio de 2018) RO. 31 de 7 de julio de 2017.

“*Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*”, (1998), Recuperado de https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

“*Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*”; Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. Recuperado de <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/3493-recomendaciones-metodologia-act-jul-19/file>

Asamblea Nacional del Ecuador; “*Código Orgánico Integral Penal*”; (04 – dic -2019); Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

“*Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*” (1988), Naciones Unidas. Recuperado de https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal; Juicio 0792 – 2011 (LB); Resolución 559 – 2013

Corte Provincial de Napo, sala especializada de lo Penal, Militar, Policial, Tránsito y Colusorios; Proceso 09225-2018-00259

Corte Provincial del Guayas, sala especializada de lo Penal, Militar, Policial, Tránsito y Colusorios; proceso 09286 2016 02579

Sentencia la ex Corte Suprema, en fallo dictado por la Sala de lo Penal que consta en la Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI. No. 1, p. 43

Sentencia la ex Corte Suprema, en fallo dictado por la Sala de lo Penal que consta en la Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI. No. 1, p. 4

Anexos

Anexo 1. Modelo de entrevistas**Banco de preguntas****Entrevista sobre el lavado de activos – Disertación de Pregrado PUCE**

1. A partir de una visión dogmática del derecho penal: ¿Cómo define Usted al lavado de activos? ¿Qué "denominación" consideraría se aplica de mejor manera a la propuesta regulatoria del Art. 317 del COIP (Ecuador)? ¿Qué diferencias encuentra con su país?
2. Considerando factores como: La globalización, revolución tecnológica, movimientos de capital, los paraísos fiscales, el desarrollo de organizaciones criminales, entre otros. ¿Cuáles considera que son los principales factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos, en Latinoamérica y el Ecuador?
3. ¿Qué líneas de acción deben ser tomadas en consideración respecto del lavado de activos? Y ¿Por qué? Entiéndase por líneas de acción, aquellas que están enfocadas tanto a castigar, prevenir y desarrollar modelos de investigación penal en casos complejos y de índole internacional.
4. En el Ecuador, la comisión de lavado de activos además de la sanción privativa de la libertad conlleva la imposición de *una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito*, comiso de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, la disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito. (COIP, Art. 317). ¿Usted considera que la sanción pecuniaria genera mayor efectividad que la sanción privativa de la libertad? Y ¿Cuál sería la pena proporcional (óptima) entre la sanción pecuniaria y la privativa de la libertad?
5. ¿Cuál considera que podría ser la utilidad del AED en la elaboración de normas penales respecto del lavado de activos y consecuentemente en la aplicación de la pena?
6. ¿Considera que la aplicación de la normativa penal ecuatoriana conlleva resultados eficientes -en relación con el carácter preventivo del ilícito penal-?
7. ¿Qué "incentivos de conducta "(monetarios o no) producen las normas jurídicas, que tratan el lavado de activos, sobre los individuos en relación con su racionalidad? Considerar el carácter preventivo de la norma y su papel disuasivo.
8. ¿La elaboración de distinciones más "finas" entre categorías específicas del ilícito, lavado de activos dentro de la normativa, resultará en la identificación de casos suficientes de infracciones como para justificar intervenciones preventivas?

Disertación "Lavados de activos en el Ecuador: un análisis ius económico del Art. 317 del COIP" (adscrita al Proyecto V del GIDE PUCE). Responsable: Investigador Werner Betancourt P.

Banco de preguntas
Entrevista sobre el lavado de activos – Disertación de Pregrado PUCE

9. ¿Considera que la normativa penal latinoamericana y/o ecuatoriana se encuentra establecida a partir de las recomendaciones y resoluciones impartidas por entidades internacionales que combaten el lavado de activos?
10. ¿Cómo definiría y calificaría la asistencia judicial internacional en el enjuiciamiento del lavado de activos y su implicancia en Latinoamérica y en el Ecuador?
11. ¿Qué sistema a nivel latinoamericano considera que trata/combate de mejor manera el lavado de activos? ¿Por qué?

Anexo 2. Modelo de entrevistas virtuales por Survey Monkey.

Sub Proyecto "Lavados de activos en el Ecuador: un análisis iuseconómico del Art. 317 del COIP"

* 1. Posee experiencia laboral en el área de derecho penal (LAVADO DE ACTIVOS y/o COMPLIANCE), igual o mayor a tres años.

Si.

No.

Sig.

Con la tecnología de



Ve lo fácil que es [crear una encuesta](#).

2. De las siguientes opciones, escoja la definición de lavado de activos que considere la más precisa. En caso de encontrarse en desacuerdo proporcione brevemente una definición alternativa.

- Proceso a través del cual, bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.
- Actividad ilícita que atenta contra el correcto funcionamiento del sistema económico nacional.
- Inyección de capitales ilícitos en el sistema financiero, que alteran su correcto desempeño y funcionamiento.
- Delito transfronterizo que engloba un sinnúmero de actividades ilícitas conexas.
- Otro (argumente)

3. ¿Cuáles considera que son los principales factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos, en los países de la Comunidad Andina?

- La globalización y el proceso de revolución tecnológica.
- Movimientos de capital a nivel mundial y paraísos fiscales.
- Desarrollo y fortalecimiento de organizaciones criminales.
- Falta de armonización jurídica aplicable en la región.
- Restringida actualización de la norma penal respecto del lavado de activos.

4. ¿Qué línea de acción (ej.: preventiva, sancionadora, otras) debe ser tomada respecto del lavado de activos?

- Castigar el acto de lavar activos o blanqueo de capitales.
- Prevenir el acto de lavar activos o blanqueo de capitales.
- Desarrollar modelos de investigación penal y apoyo para casos internacionales.
- Educar en materia de lavado de activos a los entes económicos / agentes productivos (empresas, otros).
- Regular aquellos escenarios donde se verifica una mayor propensión a la comisión del delito de lavado de activos.

5. En el Ecuador, de conformidad con lo previsto en el Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), la comisión de lavado de activos, además de la sanción privativa de la libertad, conlleva la imposición de una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito cometido. También, la disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito. A partir de lo expuesto: ¿Considera que la sanción pecuniaria genera mayor efectividad que la sanción privativa de la libertad?

- Sí, la sanción pecuniaria es más efectiva que la sanción privativa de la libertad.
- No, la sanción pecuniaria es menos efectiva que la sanción privativa de la libertad.
- Deberían aplicarse los dos de manera simultánea, porque, tanto la sanción pecuniaria como la sanción privativa de la libertad tienen objetivos y resultados similares.
- Debería aplicarse solo una de ellas, porque, tanto la sanción pecuniaria como la sanción privativa de la libertad tienen objetivos y resultados similares.
- Ninguna es efectiva, debería avizorarse otro método de sanción.

6. ¿Cuál sería la pena proporcional (óptima) entre la sanción pecuniaria y la privativa de la libertad?

- La sanción privativa de la libertad debe ser mayor que la sanción pecuniaria en todos los casos.
- La única sanción que debería ser impuesta es la patrimonial al tratarse de un delito económico.
- La sanción pecuniaria y la privativa de la libertad deben ser proporcionales.

-
- Mayor multa económica, menor tiempo en un centro de reclusión. Quienes logren responder con un mayor monto económico deberían tener una sanción privativa de la libertad menor.
- Se debería aplicar únicamente la sanción privativa de la libertad (al resultar más efectiva).

7. Respecto del lavado de activos: ¿Considera que el Análisis Económico del Derecho (AED) es útil para la elaboración de normas penales óptimas (mejoras regulatorias efectivas y planificación desde una perspectiva de política criminal)?

- Resulta indistinto.
- Considero que el AED, no genera mayor aporte en una mejor elaboración de normas penales.
- El AED contribuye a un diseño las penas proporcionales y por consiguiente, reduce el costo social del sistema punitivo.
- El AED contribuye a la correcta estructuración de las normas penales.
- El AED permitiría que las normas penales sean flexibles y de mayor aplicación.

8. ¿Considera que la aplicación de la normativa penal a nivel regional (CAN) conlleva resultados eficientes?

- No, la normativa es inefectiva respecto de la prevención.
- Sí, la normativa es eficiente respecto al aspecto preventivo.
- La normativa penal es eficiente respecto del carácter preventivo pero no posee carácter disuasivo.
- La normativa penal se enfoca desmedidamente en sancionar. Resulta ineficiente respecto de su carácter preventivo.
- La normativa se enfoca mayormente en desarrollar el carácter preventivo.

9. ¿Qué "reacciones" genera el diseño actual de las normas jurídicas, vigentes en los países de la CAN, que regulan el lavado de activos sobre los potenciales infractores?

- Disuaden y previenen de manera efectiva.
- Incitan a cometer el ilícito (actúan como incentivos perversos).
- Disuaden en cierta medida, pero no alcanzan un nivel óptimo de disuasión.
- No tienen ningún efecto, la decisión de delinquir no depende de la estructura de la norma.
- Genera un bajo impacto disuasivo, por la restringida aplicabilidad (por parte de los operadores jurídicos competentes).

10. ¿Qué resultados se obtendría con la elaboración de distinciones más específicas entre categorías como el lavado de activos dentro de la normativa penal?

- Mayor identificación y justificación de los ilícitos relacionados con el lavado de activos, pudiendo introducir/iniciar medidas preventivas.
- No generaría ningún aporte, la distinción sería de poca utilidad.
- Generaría un daño (Ej.: entorpecimiento de las actuaciones/procesos judiciales).
- Contribuiría para el estudio del delito, no para la sanción.
- Facilitaría la imposición de una pena justa y óptima (en términos de disuasión/prevención).

11. ¿Considera que la normativa penal del lavado de activos (en los países pertenecientes a la CAN) se encuentra formulada y fundamentada a partir de las recomendaciones y resoluciones impartidas por entidades internacionales que combaten y/o asisten en la lucha contra este ilícito?

- Sí.
Parcialmente.

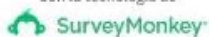
Sí, pero de manera escasa.

Solo en aspectos vinculadas a postulados generales aceptados por la doctrina penal.

Ant.

Listo

Con la tecnología de



Ve lo fácil que es [crear una encuesta](#).

Anexo 3. Entrevistas digitales realizada a expertos en derecho penal, especializados en lavado de activos.

COLOMBIA

Entrevistado:

Dr. Norberto Hernández Jiménez

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

EXPERTO EN DERECHO PENAL

1. A partir de una visión dogmática del derecho penal: ¿Cómo define Usted al lavado de activos? ¿Qué “denominación” consideraría se aplica de mejor manera a la propuesta regulatoria del Art. 317 del COIP (Ecuador)? ¿Qué diferencias encuentra con su país?

Es una pregunta amplia, pues bien, el lavado de activos al igual que me imagino pasará en el contexto ecuatoriano, es un delito, que está establecido en el Código Penal y es un delito que en nuestro caso atenta contra el orden económico y social. Porque atenta contra ese orden económico y social, porque es la forma con la que se da apariencia de legalidad a bienes que tienen una procedencia ilegal, entonces básicamente es esta figura española, el blanqueamiento de capitales y como se logra a través de ciertas maniobras o de ciertas estrategias lograr que esos dineros que tienen origen ilícito tengan apariencia de legalidad o se les de apariencia de legalidad para que puedan seguir el curso normal de la economía.

La normativa colombiana.

Está en el artículo tres veinte y tres (323) de nuestro código, lo cierto es que es un delito que atenta contra el orden económico y social, creo que en la entrevista vamos a hablar mucho de esto, pero lo critica fundamental que uno puede decir es que es un tipo demasiado amplio y no es exhaustivo y no tiene claridad, es decir fácilmente se podría caer en un lavado de activos sin conocerse, no. Y al punto que hay una propuesta, que salió por ahí en una columna hace poco, de que el lavado de activos tuviera una modalidad culposa también en el contexto colombiano.

Entonces estamos en el artículo tres veinte y tres (323), tiene una cantidad de verbos rectores, creo que son como quince (15), adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar, administrar bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, una cantidad de delitos, básicamente lo que se utiliza en el contexto colombiano, por las razones obvias, es cuando se le da la apariencia de legalidad a bienes provenientes del tráfico de estupefacientes no, o narcotráfico.

Y lo que hace es, bienes que provienen de esas actividades ilícitas se les da apariencia de legalidad, los oculta, los encubre o encubre la verdadera naturaleza, origen, ubicación, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realiza cualquier otro acto para encubrir el origen ilícito. Entonces, si es una actividad de manipulación de bienes o de dineros que tienen origen ilícito, para darles apariencia de legalidad.

2. Considerando factores como: La globalización, revolución tecnológica, movimientos de capital, los paraísos fiscales, el desarrollo de organizaciones criminales, entre otros. ¿Cuáles considera que son los principales factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos, en Latinoamérica y el Ecuador?

Si, yo creo que uno de los factores generales concatenando con lo que les decía ahora, esa propuesta que les decía que el lavado de activos fuera eventualmente culposo, es la falta de control. Entonces cuando no hay buen control financiero y no hay buen control de los mercados, es factible que se pueda desarrollar de alguna manera el lavado de activos. Ahora, en el caso colombiano, este flagelo que tenemos del narcotráfico hace también que haya muchos bienes, muchos dineros que provengan de esa actividad ilícita y que conlleven que de alguna forma se quiera dar esa apariencia de legalidad de esos bienes.

Entonces, creo que es una mixtura entre la actividad ilícita fuertemente arraigada en materia del narcotráfico, que genera esos dineros, y adicionalmente la falta de control y eficacia de la administración de justicia para poder establecer que esos dineros vienen del o tienen un origen ilícito.

3. ¿Qué líneas de acción deben ser tomadas en consideración respecto del lavado de activos? Y ¿Por qué? Entiéndase por líneas de acción, aquellas que están enfocadas tanto a castigar, prevenir y desarrollar modelos de investigación penal en casos complejos y de índole internacional.

Si, yo siempre se lo digo a mis estudiantes también y es esta fórmula de Beccaria de cómo podemos prevenir delitos y entonces están las tres, ingredientes de severidad, celeridad y certeza, y aquí lo que hace el legislador colombiano, que uno lo puede ver, es una revisión constante de las modificaciones legislativas es apuntarle únicamente a la severidad. Pero la severidad no es significativa para una persona que tiene como oficio cometer delitos, es decir el hecho de que me suban una pena de 10 a 15 años de pronto no es significativo de pronto respecto de lo que pasa con la certeza y con la celeridad de los casos.

Si pudiéramos tener una mayor eficiencia en términos de administración de justicia, creo que se podría prevenir un poco más el lavado de activos. También mencionabas tú dentro de las características que si hay alguna política penal que se pueda implementar, yo no creo que sea un tema de política penal porque la regulación o contamos con una buena regulación para efectos de lavado de activos. Pero, creo que lo fundamental aquí es fortalecer el órgano de administración de justicia, para que efectivamente se puedan judicializar los comportamientos y adicionalmente atacar un fenómeno que a nivel latinoamericano es la corrupción.

Entonces, como eventualmente los órganos de policía, las personas que están encargadas de judicializar los comportamientos se puede desincentivar un poco ese hecho de la corrupción

por ejemplo con cosas que también son reiterativas, de tener mejores sueldos para esas personas y a través de esos mejores sueldos tener una mejor función tanto de policía como de administración de justicia, que efectivamente llegue al cumplimiento de los parámetros legales que estén establecidos para prevenir y para atacar el lavado de activos.

4. En el Ecuador, la comisión de lavado de activos además de la sanción privativa de la libertad conlleva la imposición de *una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito*, comiso de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, la disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito. (COIP, Art. 317). ¿Usted considera que la sanción pecuniaria genera mayor efectividad que la sanción privativa de la libertad? Y ¿Cuál sería la pena proporcional (óptima) entre la sanción pecuniaria y la privativa de la libertad?

Si, es una pregunta interesante. Digamos que desde mi concepción es generalizada respecto de muchos delitos que creo que tener más sanciones pecuniarias que sanciones privativas de la libertad. Pero ¿Por qué esta afirmación?, porque creo que la sanción privativa de la libertad en un contexto como el colombiano y creo que se comparte también con el de Latinoamérica, donde el sistema penitenciario tiene hacinamiento, no logra resocialización, no ha sido una sanción útil.

Entonces creo que, para estos delitos, principalmente que atentan contra el orden económico y social puede ser más efectivas las sanciones de dinero que le duela el bolsillo a la persona que está cometiendo el delito, a que se le vaya a privar de la libertad. Para contrarrestar eso en Colombia adicionalmente tener esta pena pecuniaria que también va a atada a la pena privativa de la libertad, tenemos una acción independiente que se llama “acción de extinción de dominio”, una persona que sea capturada cometiendo algún delito como lavado de activos,

narcotráfico, testaferrato, tiene la posibilidad de ser afecto en sus bienes con la posibilidad de extinción de dominio.

Es decir, no solamente vamos a imponer la pena privativa de la libertad e imponer una pena pecuniaria, sino que le quitamos todos los bienes que tengan esa procedencia ilícita. Entonces yo creo que y de hecho esa ley la inventaron porque consideraron que les dolía más el bolsillo a los narcotraficantes que la pena privativa de la libertad. Entonces creo que debe ser mucho más fuerte la implementación de penas pecuniarias, creo que funcionan bastante bien para efectos de prevenir el delito, pero deben ser penas pecuniarias que en ese caso su deben ser extremas, no.

Mi concepción personal es atacar penas privativas de la libertad altas, cree que soy un tipo bastante garantista respecto de penas privativas de la libertad altas. Pero en materia de penas pecuniarias creo que, si se pudiera aumentar un poco más las penas, para hacerlas efectivas, para hacerlas que las personas no quede con un recuso de pensión cuando ella salga de estar privado de la libertad, sino dejarlos sin nada, sino solamente con lo de la subsistencia mínima. Entonces creo que ahí puede funcionar bastante bien la pea pecuniaria para desincentivar la comisión de los delitos.

5. ¿Cuál considera que podría ser la utilidad del AED en la elaboración de normas penales respecto del lavado de activos y consecuentemente en la aplicación de la pena?

Si yo alguna vez escribí un artículo del AED del derecho penal relacionado con como las leyes no logran desincentivar la comisión de delitos. Me explico, desde esa figura del óptimo de Pareto, de Kaldor Hicks, como eventualmente el hecho de que existan penas altas no logra desincentivar la comisión de delitos frente a un sistema totalmente debilitado de administración de justicia. Entonces creo que, un análisis bonito del AED lleva a contrarrestar de que las penas perse y por sí solas logren ese efecto maravilloso y soñado que tenemos.

Pero adicionalmente creo que también es interesante ver desde del Análisis Económico del Derecho, es importante, ver el ámbito penitenciario. Lo menciono porque es el tema de investigación al que me he dedicado yo en los últimos años y es la gran distribución de recursos, la mala distribución de recursos, la mala administración de recursos que se da en el sistema carcelario, que se podría invertir de mejor manera en otras alternativas preventivas.

Es decir, no sé, creo que en Colombia aproximadamente un preso le cuesta al año unos, voy a convertir en dólares para que se una medida que compartamos, unos ocho mil dólares (\$8000.00), le cuesta aproximadamente una persona privada de la libertad al estado colombiano. Es un dinero totalmente despilfarrado porque no sirve para nada, la persona sale nuevamente y como no tuvo programa de resocialización puede volver a delinquir.

Entonces, creo que, en la administración de recursos en el Análisis Económico del Derecho, se debería buscar una medida y proponer una medida para que le muestre por lo menos al legislador que sus leyes no están sirviendo y que sus leyes lo que están haciendo es una mala administración de recursos y que eventualmente se podría modificar eso para buscar unas mejores alternativas para que terminen siendo óptimas a partir del punto de vista de Pareto para satisfacción de derechos de todos, no.

6. ¿Considera que la aplicación de la normativa penal ecuatoriana conlleva resultados eficientes -en relación con el carácter preventivo del ilícito penal-?

Creo que más o menos ya lo pueden deducir de todo lo que he dicho hasta ahora y no, yo creo que no genera prevención. La ley penal no ha logrado ese objetivo, por el problema que he descrito constantemente en la charla, y es: hay falta de efectividad de la administración de justicia. Ósea, aunque haya penas y aunque haya legislación y haya tratamientos procesales, que ya van a contrarrestar esta clase de flagelo, sino tenemos un buen sistema de administración de justicia, atado a una buena fórmula de policía que permita la captura de esas personas, nunca

va a ser efectiva la legislación para efectos de contrarrestar ese flagelo. Que me imagino que es algo similar que pasa en Ecuador, no, o no sé si estén un poco más fuertes.

7. ¿Qué “incentivos de conducta “(monetarios o no) producen las normas jurídicas, que tratan el lavado de activos, sobre los individuos en relación con su racionalidad?

Considerar el carácter preventivo de la norma y su papel disuasivo.

Si no se si lo están enfocado también a esta teoría criminológica rational choice y es hasta qué punto el delincuente racionalmente escoge la comisión de delitos ante la ineficiencia de la administración de justicia. Entonces desde ese primer punto, creo que ya he sido reiterativo y creo que es que al delincuente le resulte rentable sus comportamientos porque hay una baja probabilidad de ser capturado. Ahora, no sé si se elevan los costos con esta clase de comportamientos, creo que no, porque otra vez, los delincuentes siguen viendo que el sistema de administración de justicia no es óptimo, no ve un riesgo profesional alto para efectos de llegar a cometer esos delitos, entonces no veo ningún desincentivo en términos de elección racional del delincuente para efectos de no hacerlo.

Ahora, creo que puede funcionar bien para el delincuente no habitual. Me explico, puede que nosotros no estamos acostumbrados a cometer delitos, eventualmente veamos la norma y digamos, guao tiene una pena entre 10 y 30 años, ahorita tiene una modificación adicional que sube la tercera parte al mínimo y la mitad al máximo, que al ver una pena alto nosotros nos veamos desincentivados de cometer delitos también por todo este tema criminológico que tenemos cierto control y que tenemos que arriesgar mucho. Es decir, yo arriesgaría mi posición profesoral en la Javeriana por una clase de estos de delitos, me daría pena también con mi mamá que vería que cometería esta clase de delitos.

El delincuente profesional no creo que tenga esos mismos parámetros de conducta, entonces el tema de elección racional no creo que afecta para nada al delincuente profesional como si puede ser al delincuente habitual o incipientemente motivado para cometer un delito.

Beccaria también tiene alguna fórmula por ahí siguiendo al riesgo, bueno Posner traduce el pensamiento de Beccaria.

8. ¿La elaboración de distinciones más “finas” entre categorías específicas del ilícito, lavado de activos dentro de la normativa, resultará en la identificación de casos suficientes de infracciones como para justificar intervenciones preventivas?

No, yo creo que no, y no solamente el lavado de activos sino a manera general creo que el legislador no utiliza estudios criminológicos, ni estudios de factibilidad que lo lleven a esas descripciones de delitos. Entonces creo que es una falencia, que esa sí, mea culpa de los colombianos, es que simplemente se saca leyes dentro del estado general del populismo punitivo, pero hay estudios que determinen que efectivamente se deba punir cual deba ser el límite máximo de las penas, cuál debe ser la proporcionalidad de las penas, sino que es una labor bastante improvisada.

Creo que deberíamos tener estudios mayores de como implementar leyes, cuál debería ser la proporcionalidad de las penas para que efectivamente funcionará en determinado contexto y que no simplemente sea una figura abstracta de persecución penal.

9. ¿Considera que la normativa penal latinoamericana y/o ecuatoriana se encuentra establecida a partir de las recomendaciones y resoluciones impartidas por entidades internacionales que combaten el lavado de activos?

Si, nosotros hemos acomodado mucho nuestra normatividad a las directrices internacionales, el hecho que entramos a la OCTI también ha delimitado la acción de algunos

comportamientos que no estaban antes y que fueron objeto de modificación legislativa para efectos del lavado de activos. Adicionalmente en Colombia durante mucho tiempo tuvimos lo que se denominaba el plan Colombia, y es la ayuda de Estados Unidos para luchar contra el Narcotráfico, no. Entonces, nuestro sistema judicial al igual que nuestro sistema legislativo siempre ha tenido esa presión de la doctrina estadounidense de cómo debemos tratar de prevenir este tipo de comportamientos y si tratamos más o menos de acomodar de acuerdo con las exigencias, por no decir que lineamientos que hace Estados Unidos, para tratar de prevenir este tipo de comportamientos.

10. ¿Cómo definiría y calificaría la asistencia judicial internacional en el enjuiciamiento del lavado de activos y su implicancia en Latinoamérica y en el Ecuador?

No sé, no podría en este momento dar como datos certeros de estudios que deben existir en materia de cómo se regula el lavado de activos a nivel de cooperación internacional. Creo que tenemos una buena cooperación a nivel de Colombia, Venezuela hasta hace algún tiempo, Ecuador, Perú, para efectos de persecución de estos comportamientos. Pero creo que sigue siendo también el fenómeno que ataca esa clase de cooperación va a realizarla bajo una opción de cooperación, como eventualmente se, el hecho de que haya un lavado de activos transnacional, que pasa por varios estados, lleva a que, en determinados contextos, en determinados lugares se puede ejercer corrupción para que se caiga la judicialización. Entonces, creo que hay que fortalecer un poco más ese tema de cómo hacernos menos corruptibles, como hacernos más corruptibles a nuestros funcionarios de policía, a nuestros funcionarios judiciales para que no se dé ese flagelo.

No sé bien como pasará en Ecuador, lo último que recuerdo pues no precisamente en lavado de activos, pero si en materia de narcotráfico, es un bus que iba de turismo con colombianos a Ecuador y se estrelló y después cuando se estrelló descubrieron que ese bus tenía camuflado

narcotráfico, sustancias estupefacientes. Creo que muy fácilmente eso también pasa con el lavado de activos, creo que, y esto es parte un poco de la hermenéutica de la sospecha de cómo funciona el sistema, muchas de las capturas que se dan en materia de narcotráfico y lavado de activos es para permitir que pasen sumas mayores o drogas mayores, es decir, soplan que la persona lleva determinada cantidad de estupefacientes, pero lo que realmente están haciendo es creando una fachada para que entre mayores cantidades por otro lado, creo que pasa lo mismo el lavado de activos.

Entonces, yo creo que la lucha sigue siendo incipiente, te tocaría hacer más protocolos, cooperación internacional, pero por el momento no creo que sea significativa. Creo que sigue siendo rentable para los delincuentes que se dedican a esta actividad el continuar con la misma, porque no ven un efecto mayor para desincentivar su comportamiento.

11. ¿Qué sistema a nivel latinoamericano considera que trata/combate de mejor manera el lavado de activos? ¿Por qué?

Qué sistema será el mejor en Latinoamérica. No sé. Ósea haber yo no creo que el sistema colombiano sea un sistema óptimo que combata el lavado de activos, reconociendo que hemos hecho muchos esfuerzos. Tenemos una unidad que se encarga de vigilar toda esta clase de comportamientos, hay mayores controles, al punto que esos controles llevan a propuestas que el lavado de activos sea culposo también.

Pero no, no podría darte en este momento un comparativo porque no lo conozco bien, de que un país determinado es el ejemplo a seguir en Latinoamérica, para efectos de lavado de activos. Puedo hablar de lo que pasa acá, que creo que todavía sigue siendo incipiente pero no puedo atreverme a señalar un país que diga que es exitoso como paradigma de lucha contra el lavado de activos.

PERÚ

Entrevistado:

Dr. Dino Carlos Caro Coria

UNIVERSIDAD DE LIMA
EXPERTO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. A partir de una visión dogmática del derecho penal: ¿Cómo define Usted al lavado de activos? ¿Qué “denominación” consideraría se aplica de mejor manera a la propuesta regulatoria del Art. 317 del COIP (Ecuador)? ¿Qué diferencias encuentra con su país?

El lavado de activos como tú sabes es un fenómeno internacional y básicamente su regulación proviene de la legislación americana, en verdad este es un planteamiento básicamente del sistema americano y los organismos internacionales. Y, por lo tanto, podríamos decir en términos generales sin perjuicio de las especificaciones desde luego, hay un factor común que está ligado a los siguientes elementos:

El lavado de activos para empezar en la parte objetiva implica la existencia de bienes, activos o capitales, provenientes de un delito anterior. Es decir, estamos hablando de un delito de conexión. En segundo lugar, estamos hablado ya de la segunda parte objetiva del delito de que el autor tiene como finalidad, realiza una serie de conductas o comportamientos con la finalidad de poder ocultar el origen delictivo. Es decir, lo que en termino de los tratados internacionales implica cuatro modalidades: conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia, luego puede tener varios verbos rectores más amplios, más reducidos según cada legislación.

En la parte subjetiva la parte central es el tema del dolo. El conocimiento del origen delictivo y el conocimiento de que la conducta realizada tiene como finalidad ocultar ese origen delictivo. Entonces, el lavado de activos está definido en esos términos.

Diferencia entre Ecuador y Perú.

Sin perjuicio de decir que son legislaciones similares, ósea estamos hablando de legislaciones que a la vez tienen cierto grado de diferencia, por ejemplo, mira, justo estoy tratando respecto de la regulación de ustedes. Ustedes tienen por ejemplo una orden de modalidad delictiva, nosotros tenemos un tipo penal bastante más consolidado, muy parecido al modelo español, al modelo alemán. Ustedes tienen una tipología, digamos, mucho más difuminada, mucho más casuística, que la general que se pueda tener en otros países. Pero en términos generales abarca el mismo universo de comportamientos abarca las características que he mencionado hace algún momento.

2. Considerando factores como: La globalización, revolución tecnológica, movimientos de capital, los paraísos fiscales, el desarrollo de organizaciones criminales, entre otros. ¿Cuáles considera que son los principales factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos, en Latinoamérica y el Ecuador?

Mira, desde mi punto de vista, digamos, el principal factor que favorece el lavado de activos en la región es la falta de controles estatales. Es decir, es la inacción, si quieres verlo así de los llamados sujetos obligados a reportar situaciones sospechosas, de momento se estima como el lavado de activos es prácticamente una lucha del estado y de algunos privados inclusive, me refiero a los bancos.

Tanto en Ecuador como en Perú, la lista de sujetos obligados a reportar situaciones sospechosas es mucho más grande. Sin embargo, muchos de estos sujetos obligados no cumplen con su función, cuando ellos deben ser lo wiggerbloggers o los denunciantes, los que gatillen la información frente a la autoridad.

Creo que ese es el principal factor, porque fuera de eso podríamos decir globalización, podríamos hablar de otros factores como el incremento a la criminalidad patrimonial, la criminalidad económica. Pero claro, eso sería explicativo de esa forma de criminalidad. Pero ¿Por qué el lavado de activos no se persigue adecuadamente?, por falta de denuncias, por falta de conocimiento de parte de las autoridades que estos delitos se están cometiendo.

Mi pregunta: está bien decir que el lavado de activos se incrementa por la falta de denuncia, por parte de los sujetos obligados o que tienen deber de denuncia.

Efectivamente, hay cierta complacencia de parte de los sujetos obligados, no hacen su trabajo y en consecuencia la carga sigue siendo para el Estado. Porque el Estado sigue teniendo el deber de perseguir, el deber de encontrar el delito, pero sin la información básica que puedan dar los sujetos obligados, ¿cómo?, poco se puede avanzar, poco se puede hacer.

3. ¿Qué líneas de acción deben ser tomadas en consideración respecto del lavado de activos?

Y ¿Por qué? Entiéndase por líneas de acción, aquellas que están enfocadas tanto a castigar, prevenir y desarrollar modelos de investigación penal en casos complejos y de índole internacional.

Mira desde mi punto de vista la cuestión pasa por dos niveles, uno que es prevención y otro tiene que ver con lo que es persecución, yo creo que lo que es prevención, viejo; lo que nosotros no podemos hacer es importar los modelos de otros países. No se puede hacer lo que hace generalmente en la región que es importar el modelo americano, cuando el modelo americano está creado, está muy enfocado en las cuestiones de riesgo del sistema americano.

Entonces, evidentemente es un sistema mundial que hay que tomar como referencia, pero no se puede reproducir, lo que tiene que haber es un análisis país por país, de su propio nivel de exposición al riesgo. Acá en Perú uno de los factores claves para lavar dinero es la minería

ilegal, yo no sé si lo hacen en Ecuador, de hecho, en Chile no es un problema, de hecho, en Argentina no es un problema. Entonces, según cada país puede variar el mapa de riesgo, la exposición.

Y luego viene el segundo tema, lo que se ha denominado persecución penal, donde yo creo que el factor común en toda la región es el siguiente: es el tema del delito previo, debe demostrarse el delito precedente o no debe demostrarse, debe conocerse el delito previo o no debe conocerse. Yo llevo más o menos siete (7) años recorriendo diferentes países donde la discusión sigue siendo la misma y eso es lo que da lugar de cierto modo a la impunidad, porque al no haber acuerdo entre los fiscales y los jueces de si es exigencia el demostrar si o no si hay delito precedente, se generan vacíos de punición.

¿Cómo tendrían que ser abordados esos vacíos de punición por el Estado en estos casos?

Claro, desde mi punto de vista lo que tiene que hacer el Estado es fijar reglas claras, cuando las reglas no están claras, se generan vacíos de impunidad.

4. En el Ecuador, la comisión de lavado de activos además de la sanción privativa de la libertad conlleva la imposición de *una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito*, comiso de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, la disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito. (COIP, Art. 317). ¿Usted considera que la sanción pecuniaria genera mayor efectividad que la sanción privativa de la libertad? Y ¿Cuál sería la pena proporcional (óptima) entre la sanción pecuniaria y la privativa de la libertad?

Desde mi punto de vista no, la sanción pecuniaria es una sanción menor, es una sanción complementaria y es una sanción que debe mantenerse en conjunto con la sanción privativa de la libertad. Pero en los casos de lavado puede llegar a tales niveles de gravedad que yo creo

que en determinados casos es indispensable una pena privativa de la libertad y no bastaría una multa.

Mira, sobre este punto viejo hay mucho pan que rebanar, las legislaciones son muy variadas, mira, por ejemplo, mientras que, en España, en Alemania tú tienes sanciones que giran entre los 4, 5 años de cárcel, en Latinoamérica tú te vas a encontrar con penas de 10, 20 años de prisión. Y la verdad que es algo muy chocante que el lavado de activos no es un delito fundamental, fundamental es el homicidio, fundamental es el robo, la violación sexual, es decir la que protege bienes individuales, pero se ha producido una distorsión desde el punto de vista valorativo.

Yo creo que deberíamos volver a los orígenes, acorde con la proporcionalidad. Según cada país el lavado de activos debería tener una sanción que en todos los casos debería estar por debajo de la afectación de bienes individuales.

5. ¿Cuál considera que podría ser la utilidad del AED en la elaboración de normas penales respecto del lavado de activos y consecuentemente en la aplicación de la pena?

Desde mi punto de vista es fundamental, el Análisis Económico del Derecho permite una aproximación complementaria a la propiamente penal y el análisis económico consecuencia, implica la maximización, optimización del uso de los recursos. Y en materia penal eso significa que los pocos recursos que tiene el sistema penal deberían utilizarse para perseguir los delitos más graves y no los delitos de bagatela o delitos menores, entre ellos el delito de lavado de activos obviamente, porque no es una bagatela.

6. ¿Considera que la aplicación de la normativa penal ecuatoriana conlleva resultados eficientes -en relación con el carácter preventivo del ilícito penal-?

Mira desde mi punto de vista sí, porque mira acá en Perú, me imagino que lo mismo sucede en tu país, porque no estamos tan lejos en términos de realidad; lo que hay es mucho lavado y pocos casos de condena. Y la pregunta es: ¿Por qué hay pocas condenas?, y las pocas condenas se deben a que prácticamente no existe unanimidad en las autoridades acerca de qué es el lavado de activos y cuáles son sus características esenciales.

7. ¿Qué “incentivos de conducta “(monetarios o no) producen las normas jurídicas, que tratan el lavado de activos, sobre los individuos en relación con su racionalidad?

Considerar el carácter preventivo de la norma y su papel disuasivo.

Mira desde mi punto de vista, lo que tiene que haber es un enfoque bastante más general porque hasta el momento, por decirlo de alguna manera, la mayoría de los enfoques que hay en los países es unitivista, son punitivistas, cuando acá lo que se trata es de trabajar básicamente la cuestión de la prevención. Yo pienso que, si la parte de la prevención del lavado de activos está suficientemente fortalecida, lo que va a suceder es que los delincuentes van a tener los incentivos adecuados para excluirse de este tipo de prácticas o conductas.

Pregunta: Por lo tanto, tendríamos que centrarnos más en el carácter preventivo, que en el carácter punitivo y sancionatorio de la norma.

Exactamente, yo creo que ahí sería, la misión importante que se pueda realizar en ese nivel no.

8. ¿La elaboración de distinciones más “finas” entre categorías específicas del ilícito, lavado de activos dentro de la normativa, resultará en la identificación de casos suficientes de infracciones como para justificar intervenciones preventivas?

Si estamos hablando en ese nivel, yo creo que estamos hablando de niveles, estados que están más sometidos al riesgo. Pero eso básicamente pasa cuando hay un planeamiento por

país, cada país debe evaluar su grado de exposición al riesgo y creo que ese es el factor clave acá.

Es imposible partir de un mapa que se crea donde todos están digamos en la misma situación o todos estamos sometidos a los mismos niveles de riesgo.

9. ¿Considera que la normativa penal latinoamericana y/o ecuatoriana se encuentra establecida a partir de las recomendaciones y resoluciones impartidas por entidades internacionales que combaten el lavado de activos?

Sin duda que sí, lo cual desde mi punto vista no necesariamente es positivo. El hecho de que se copie normas extranjeras sin acudir a la tradición propiamente local, en este caso peruana, ecuatoriana, conlleva una serie de problemas legislativos, problemas de interpretación, por ejemplo, cuando se habla del conocimiento del delito precedente, ese nivel de conocimiento a que conocimiento se refiere, dolo, culpa grave, ignorancia deliberada, dolo eventual. Creo que en consecuencia es absolutamente fundamental que se creen mecanismos de interpretación, completamente distintos. Entonces que tenga como punto de referencia la legislación netamente local.

10. ¿Cómo definiría y calificaría la asistencia judicial internacional en el enjuiciamiento del lavado de activos y su implicancia en Latinoamérica y en el Ecuador? CAN

Desde mi punto de vista es posible avanzar hacia una cierta uniformización con relación a lo que es la legislación en materia de lavado de activos y puede haber ahí algunos factores en común para trabajar, crear, fortalecer las redes de comunicación internacional. Todo esto se puede hacer sin duda, pero es algo que parte ya de lo que significaría mecanismo de cooperación.

¿Factor importante que debe desarrollar en la región?

Desde mi punto de vista es fundamental, no es posible combatir el lavado de activos sin la cooperación internacional, si es que este no funciona es como tener aviones sin aeropuerto viejo, literalmente.

¿Cree que eso se lograría en los próximos 10, 20 años?

Pienso que es un tema para trabajar por parte de las autoridades y yo creo que las autoridades tienen la oportunidad de crear estos organismos en los próximos 10, 20 años, como tú lo estás diciendo.

11. ¿Qué sistema a nivel latinoamericano considera que trata/combate de mejor manera el lavado de activos? ¿Por qué?

Mira desde mi punto de vista ninguno lamentablemente, porque el lavado de activos sigue siendo un problema en la región por falta de efectividad, hay muchos procesos, se inician los casos, pero siempre por decirlo de alguna manera el crimen está un paso adelante. Entonces es muy difícil en consecuencia decir que la lucha es exitosa en alguno de nuestros países de la región.

Entrevistado:

Dr. Rafael Vega Llapasca

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARCOS
EXPERTO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. A partir de una visión dogmática del derecho penal: ¿Cómo define Usted al lavado de activos? ¿Qué “denominación” consideraría se aplica de mejor manera a la propuesta regulatoria del Art. 317 del COIP (Ecuador)? ¿Qué diferencias encuentra con su país?

Bueno en primer lugar el delito de lavado de activos tendría que verse desde su origen, la convención de Palermo. Lo que se buscaba castigar aproximadamente desde los años 70, era el aprovechamiento de los dineros producto de ilícitos de gravísimo orden, digamos: terrorismo, tráfico de personas, organización criminal. En la legislación inicial mejor dicho en el tratamiento inicial de este ilícito delito no se castigaban todos los ilícitos que podrían tener el Código Penal como el lavado de activos, sino únicamente aquellos delitos de gravedad bastante alta, de bienes jurídicos puestos riesgo de altísimo valor, como puede ser la vida o la libertad, los cuales incidían gravemente en la sociedad.

Actualmente el delito de lavado de activos tiene un tratamiento por demás, digamos clichero, sino que se ha especializado este mecanismo de regulación de una manera bastante fuerte. Y de acuerdo a lo que veo en el COIP, todas las acciones se están abarcando de acuerdo a lo que es el planeamiento, la ejecución, el aprovechamiento del mismo, con todas las fases del iter criminis están abarcadas en esto, porque de acuerdo con lo que veo en el COIP, no estamos hablando solamente del tener y poseer sino que estamos hablando también del ocultar, cuando ya lo conseguiste lo ocultas, pero también el gestionar, asesorar, ayudar, es decir todas las fases del iter criminis están abarcadas por el COIP en el delito de lavado de activos.

Ahora, hay una discusión bastante grande como ese delito que se podría decir es vinculado a un delito anterior que es el que genera esos activos puede tener independencia o no, hay una discusión muy fuerte, la Corte Suprema del Perú ha definido que efectivamente esa independencia del delito previo y la ejecución del lavado propiamente existe. Sin embargo, la determinación siquiera de ese delito previo tiene que ser expresa por parte de aquel que esté investigando y juzgando el lavado de activos.

Existen algunas exposiciones en el Perú bastante arraigadas, sobre todo de algunos magistrados, de algunos fiscales, los cuales están señalando que el delito de lavado de activos ni siquiera deba tener un antecedente, sino que tiene que haber la mera sospecha de la existencia de un ilícito. Sin embargo, la Corte Suprema del Perú ya ha regulado ello y se ha establecido que la incidencia de ese delito previo debe ser mínima, pero debe existir.

Lo que veo en el artículo 317 es algo bastante similar de lo que es el delito de lavado de activos en el Perú, por lo menos lo que es estructura, porque se trata de abarcar todas las conductas del iter criminis, el planteamiento, la ejecución y el gozo o uso de esos dineros que se hayan obtenido, producto de un acto ilícito. Entonces, ciertamente la lucha contra estos delitos graves debe ser frontal, debe abarcar siempre un espectro grande para que no se deje impune, determinadas conductas y me parece que lo que hace Ecuador es bastante responsable, ponerles un límite a aquellos montos que por su incidencia no tienen por qué actuar esos mecanismos represivos del Estado como es la prisión o como es la cárcel por hasta determina cantidad.

Me parece una decisión responsable e inteligente, pues esos delitos de naturaleza económica deben incidir efectivamente en aquel interés que tiene estos delincuentes de cuello blanco que es el tema económico. La cárcel no funciona siempre, ciertamente el Ecuador es bastante lacso, teniendo presente que la diferencia de monedas entre Ecuador y Perú es bastante

grande, porque por ejemplo acá me dices que la pena mínima es hasta un millón de soles, lo cual haría que un montón de gente acusada de lavado de activo en el Perú se someta a un principio de oportunidad o una terminación anticipada, pues no implicaría una pena mayor.

Sin embargo, ahí también tendría que tener algunos reparos la legislación tanto ecuatoriana como peruana, porque la legislación peruana podría compartir esa idea, adoptar la idea del Ecuador; sin embargo, también es cierto pues que esas cantidades impedirían castigar a muchos delincuentes. Por ejemplo, acá se habla de un millón de soles una cantidad bastante considerable, es donde hay una pena muy maja. Se impediría en el Ecuador que se castiguen determinadas conductas.

Las diferencias entre mi país y el tuyo, creo que la que acabamos de hablar es la principal, puesto que, pienso yo que ese límite en cuanto al monto por el cual ya se dará un castigo efectivo o un castigo significativo en contra de aquel que ha cometido un delito de lavado de activos generaría hasta cierto punto impunidad. Tiene que ser una cantidad real, algo que más que nada una cantidad que afecte al Estado, yo pienso no sé, acá diez mil (10 000) o veinte mil (\$20 000) dólares es bastante dinero. Yo opino que hay gente que por delitos contra la administración pública ya están presos, entonces efectivamente porque no podría castigarse, porque es una cantidad significativamente menor. Pero tampoco van a decir que por cinco mil (\$5 000) dólares una persona tiene que estar presa o de lo que podría ser dos mil quinientos dólares (\$2 500).

Proporcionalidad de las penas y de los montos que establece el COIP y que podría adoptar en mi opinión el estado peruano.

2. Considerando factores como: La globalización, revolución tecnológica, movimientos de capital, los paraísos fiscales, el desarrollo de organizaciones criminales, entre otros.

¿Cuáles considera que son los principales factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos, en Latinoamérica y el Ecuador?

3. ¿Qué líneas de acción deben ser tomadas en consideración respecto del lavado de activos? Y ¿Por qué? Entiéndase por líneas de acción, aquellas que están enfocadas tanto a castigar, prevenir y desarrollar modelos de investigación penal en casos complejos y de índole internacional.

Bueno en nuestro país a partir de lo que ha sucedido en tu país, se ha visto bastante en discusión el tema de las colaboraciones eficaces. Las colaboraciones eficaces de acuerdo a lo que dice las normas fiscales en el Perú establecen mecanismos de acción, mecanismos de guía por las cuales podrían facilitarte o ayudar al trabajo fiscal, para poder investigar y castigar a aquellos que están vinculados a los delitos de lavado de activos. Ciertamente me parece que ello implicaría que se tenga una plena confianza en que estos colaboradores que por lo general son los particulares y en el particular caso de lo que estamos conversando son los empresarios o aquellos que no son funcionarios públicos sean absolutamente sinceros. Pero esos acuerdos tienen que ser lo suficientemente claros, precisos y bien establecidos, para que en caso la empresa, el particular, el colaborador no ayude o no diga la verdad, o este ocultando parte de la verdad se le pueda castigar y restringir y quitar los beneficios que haya habido dentro de esos acuerdos.

Es importante porque se ha visto en el Perú es que estos colaboradores no dicen toda la verdad y generan un problema grande, un perjuicio, porque finalmente la investigación ve mermada; finalmente es el Estado representado por la Fiscalía tiene que confiar en su colaborador, y su colaborador pues tiene que tener un nivel de credibilidad, yo de abogado lo que podría decir es, oye tú estás confiando en un mentiroso, alguien que te está dando la información a puchos o poquitos, por decirlo en un término más peruano. Entonces si tú me

estás dando la información a cuenta gotas, y de ahí descubro que me estás mintiendo, la persona ya no tiene credibilidad. Es por ello que digo que, si se va a firmar un acuerdo de colaboración que es un mecanismo idóneo, que, aunque nos suene mal es negociar con un criminal, negociar con un criminal, creerle a un delincuente para castigar a otro delincuente o procesar una persona inocente, puede darse el caso. Tiene que haber un respaldo no solo para el Estado, sino también para la sociedad, porque puede darse perfectamente el caso que alguien esté mintiendo, buscando tener un beneficio.

4. En el Ecuador, la comisión de lavado de activos además de la sanción privativa de la libertad conlleva la imposición de *una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito*, comiso de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, la disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito. (COIP, Art. 317). ¿Usted considera que la sanción pecuniaria genera mayor efectividad que la sanción privativa de la libertad? Y ¿Cuál sería la pena proporcional (óptima) entre la sanción pecuniaria y la privativa de la libertad?

Me parece muy importante lo que señala el COIP puesto que ya está haciendo una especie de tasación en cuanto al castigo económico que permitiría al Estado tener una reparación, acá se conoce como reparación civil, allá se conoce como multa. Es la responsabilidad civil derivada del acto. Entonces, se podría decir que la multa, porque acá la multa de acuerdo al Código Penal peruano es diferente, es más que nada algo que tiene que ver con la reparación y el proceso. Pero la multa entendida como reparación civil es importante puesto que, el Estado ecuatoriano estaría recuperando ya el doble de aquello que es producto del lavado de activos, ya podríamos considerar que el juez no podría poner algo menor de lo que ya está estableciendo la norma y haríamos un castigo importante, porque no solamente la reparación significa la

restitución, sino también el pago que en el derecho civil se conoce como daño emergente y lucro cesante. Todo esto es la reparación civil.

5. ¿Cuál considera que podría ser la utilidad del AED en la elaboración de normas penales respecto del lavado de activos y consecuentemente en la aplicación de la pena?

Efectivamente, el Análisis Económico del Derecho es una herramienta de mucha ayuda para ello, puesto que efectivamente los costos y beneficios de verse involucrados en un delito de esa naturaleza tiene que ser valorados. Esto no puede ser un espectáculo, un show, una especie de carnicería para las galeras, para que todo el mundo se sienta contento, se enerve o se pretenda que la población tenga una idea o un espectro de que se está haciendo justicia.

Tiene que valorarse adecuadamente si está persona puede lograr resarcir el daño o puede lograr garantizar que no va a volver a incurrir en este tipo de delitos ¿por qué lo voy a meter preso?, esto es un tipo de naturaleza netamente económica, entonces tiene que tener también ese tipo de terminaciones o circunstancias al momento de imponerse castigos, yo no digo que no sea castigado penalmente, obviamente el delito de lavado puede incurrir en tantos hierros o en tantos agravios. El que más ósea un delito, estamos hablando en el Perú un delito que es de 8 a 15 años, un homicidio en el Perú puede pensarse con 6 años. Entonces, la vida de una persona vale menos que un delito económico; ahora, podemos considerar que en algunas ocasiones si, por ejemplo, cuando estamos hablando de negociar a partir del tráfico ilícito de drogas, todo eso tiene que ser valorado. Pero hay otros delitos como el de la presunta corrupción que también puede derivar en otro tipo de agravios, también podemos considerar que una sanción pecuniaria o económica proporcional y adecuada en vez de determinadas penas o en vez de prisiones efectivas puede darse, lo que si se podría hacer es eliminar ciertas capacidades o derechos económicos de las personas a cambio de que conserve su libertad. Cualquiera preferiría en vez

de irse a la cárcel el no volver a cometer el mismo ilícito, una sanción perpetua, y en ese caso, en esa sanción el Análisis Económico del Derecho puede ser una herramienta importante.

6. ¿Considera que la aplicación de la normativa penal ecuatoriana conlleva resultados eficientes -en relación con el carácter preventivo del ilícito penal-?
7. ¿Qué “incentivos de conducta “(monetarios o no) producen las normas jurídicas, que tratan el lavado de activos, sobre los individuos en relación con su racionalidad? Considerar el carácter preventivo de la norma y su papel disuasivo.
8. ¿La elaboración de distinciones más “finas” entre categorías específicas del ilícito, lavado de activos dentro de la normativa, resultará en la identificación de casos suficientes de infracciones como para justificar intervenciones preventivas?

Haber en nuestro país también se está dando una discusión bastante fuerte respecto de lo que se llama prisión preventiva, intervención preventiva. Lo que tu me has comentado efectivamente, se cree que es ese tipo de decisiones son idóneas en el Perú para lograr un adecuado proceso, procedimiento y obtener resultado en las investigaciones puesto que recogía el antiguo Código Penal del Ecuador y veo que el COIP tiene determinadas consideraciones para hablar de mecanismos preventivos. En primer lugar, son los graves y fundados elementos de convicción que permiten establecer que una persona sigue cometiendo en el hecho delictivo que en este caso es el lavado de activos, tiene que haber una carga lo suficientemente fuerte, la Corte Suprema en el Perú ha establecido que estos niveles de peligrosidad o estos niveles de convicción tienen que ser incluso suficientes para acusar a una persona. En segundo término, está, aparte de los graves y fundados elementos de convicción, también un criterio de la pena a imponerse, en el Perú únicamente puede imponerse una prisión preventiva cuando la pena a imponer al procesado sea cuatro años. Y por último es una parte muy importante llamada peligro procesal, es decir cuando hay un riesgo de fuga o un riesgo de entorpecimiento de la

actividad probatoria. En esos casos los hechos también tienen que ser demostrados por la fiscalía; una persona puede ser investigado por lavado, pero no necesariamente tiene que estar en internamiento preventivo, sino que no solo tiene que demostrarse que esta persona existe un riesgo de que se fugue sino también existe el grave peligro de que entorpezca la investigación; esos criterios tienen que ser adoptados también además de la proporcionalidad de la medida, de la idoneidad de la medida. Todo eso tiene que verse, tiene que discutirse, tiene que debatirse y tiene que acreditarse en una audiencia, primando la oralidad.

9. ¿Considera que la normativa penal latinoamericana y/o ecuatoriana se encuentra establecida a partir de las recomendaciones y resoluciones impartidas por entidades internacionales que combaten el lavado de activos?

Parece muy difícil que de nosotros nazcan normas pues para luchar contra determinados ilícitos, parece que nuestros académicos y legisladores requieren de nuestra ayuda. Cuando también es cierto, hay que todo reconocerlo que esa normativa internacional tiene determinado asidero y muchos de estos delitos, el lavado de activos tiene vínculos internacionales. Ahora pues el delito o el crimen ya es transnacional, ya no solo mira el caso Odebrecht nos ha demostrado que puede haber no solo en nuestra región, sino que tiene a todo el continente comprometido. Entonces es importante para nuestros países lograr o mejor dicho aceptar volver nuestras estas recomendaciones de organismos internacionales, adoptarlas a nuestras realidades y lograr castigar los ilícitos que nos afecten.

10. ¿Cómo definiría y calificaría la asistencia judicial internacional en el enjuiciamiento del lavado de activos y su implicancia en Latinoamérica y en el Ecuador?

Es importantísima pero no ..., importantísima si porque tiene que ser escuchada, tiene que ser comprendida conocida por nuestras sociedades y eficaz no necesariamente porque lo que estábamos conversando hace algún momento, la verdad estos organismos nos pueden mentir,

nos pueden engañar. La verdad tiene que ser dicha, aclarada y estas empresas estas organizaciones internacionales buscan sencillamente que no se afecten sus intereses, su patrimonio que no se vea afectado o restringido, que se tenga que pagar una mínima cantidad de reparación civil o multa en el caso del Ecuador, lograr la mayor cantidad de beneficios, lograr que la mayoría de sus funcionarios u operarios no sean castigados, ni investigados y soltar la verdad a cuenta botas y eso no necesariamente es bueno, es absoluta de que sea necesario y de que es importante lo es, efectivamente de que todo dicho y toda colaboración de la que se puede dar tiene que estar respaldada y ratificada en documentos que permitan ratificar todos los hechos/dichos que pueda señalar o decir un colaborador.

11. ¿Qué sistema a nivel latinoamericano considera que trata/combate de mejor manera el lavado de activos? ¿Por qué?

La verdad ahí si tengo un limitante no me he puesto a estudiar todos los sistemas latinoamericanos, pienso que al de Perú le faltan afinar muchas cosas, puedo hablar nada más por la realidad peruana, existe actualmente investigaciones en curso que son importantes que están hechas con determinado rigor pero que también tiene sus errores, cosa que en ninguna realidad todo va a ser perfecto, pero ciertamente este sistema peruano en el cual lo que se busca es que el lavado de activos tenga un mayor castigo, tenga una mayor incidencia y mayor restricciones respecto de los derechos del investigado hasta cierto punto no más es idóneo, restringir en absoluto y pensar que estamos en una cruzada contra la corrupción incluido los jueces, cuando los jueces o el poder judicial lo que tiene que hacer es administrar justicia y ser un actor imparcial para poder lograr que esta misión de las investigaciones y procedimientos de las investigaciones sea la adecuada conlleva a que un juez no pueda estar contaminado con una tendencia o pulsaciones de lo que quiera la sociedad que no necesariamente está basando

en la verdad, sino en la creación de especulaciones a veces suelen ser los medios o pueden ser personas con determinados intereses, esto es lo que se tiene que evitar.

¿Cómo mejorar este aspecto en la legislación?

Lograr que, si bien esas penas parecen bastante idóneas, lograr una reducción de esos montos para permitir que se investigue de manera más acuciosa, rígida, aquellos delitos con una mayor incidencia económica, a partir de eso el Análisis Económico del Derecho es muy importante.

ECUADOR

Entrevistado:

Dr. Alex Valle

Instituto de Altos Estudios Nacionales

1. A partir de una visión dogmática del derecho penal: ¿Cómo define Usted al lavado de activos? ¿Qué “denominación” consideraría se aplica de mejor manera a la propuesta regulatoria del Art. 317 del COIP (Ecuador)? ¿Qué diferencias encuentra con su país?

Podemos encontrar varias definiciones de lavado de activos como por ejemplo Isidoro Blanco, Diego Gómez, lo que tienen en común estas definiciones es que son bastantes simples, no son complejas como lo estipula nuestro COIP. Simplemente se basan en decir que el lavado de activos es un proceso por medio del cual se blanquean, o se cambian o se procesan bienes de origen ilícito para transformarlos en bienes que den esa apariencia de licitud. Es todo este tema, esta trama donde todos estos bienes que provenga o tengan este origen ilícito simplemente se le de este origen de licitud.

Pero si nosotros efectivamente revisamos este artículo 317 del COIP, es bastante largo, es un tipo penal bastante abierto, posee bastantes verbos rectores activos, muchos; si solo revisamos el primer literal “” todos esos verbos rectores nos dan la posibilidad de que una persona pueda estar, es más ojo, de manera directa o indirecta pueda estar inmersa en el tema de lavado de activos. Nos da la idea de que efectivamente el legislador, yendo más allá de los conceptos de la dogmática, intento abarcar con todas las posibles acciones que puedan abarcar con todo este proceso de cambio de bienes de origen ilícito a una apariencia de licitud de estos bienes.

En este sentido yo pienso que este artículo 317 es bastante amplio y de alguna manera el legislador lo que busco es tener cubiertas de alguna manera todas las posibilidades en las cuales se puede realizar este tipo de delito.

2. Considerando factores como: La globalización, revolución tecnológica, movimientos de capital, los paraísos fiscales, el desarrollo de organizaciones criminales, entre otros. ¿Cuáles considera que son los principales factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos, en Latinoamérica y el Ecuador?

Bueno, yo estaba revisando justo esa pregunta y es bastante compleja, considero que tendría muchísimas posibles respuestas. Pero hay un nodo común en todo eso y es el tema de la impunidad; hay un autor que es un autor norteamericano me parece, si no me equivoco es David Hell, cuando habla de la violencia invisible, de la violencia visible; el al hablar de la violencia invisible habla de todos estos temas de la impunidad y quizás la impunidad en delitos de cuello blanco como normalmente son los relacionados al lavado de activos y otros delitos contra la administración pública precisamente dan cabida y dan lugar a que más personas pretendan o estén involucrados en este cometimiento de este ilícito, porque si vemos que no hay un buen porcentaje de sentencias dictadas en contra de infractores que han cometido el lavado de activos y mucho menos sanciones tampoco de carácter pecuniarias que establece el 317 como el cierre de las mismas empresas por ejemplo, esto no constituye de alguna manera lo que el derecho penal pretende, que es esta prevención en el cometimiento de ilícitos.

Si por otro lado vemos que el monto que van en temas de, porque el lavado de activos involucra todo el origen ilícito, si solamente hablamos de sobornos, usted revise la página de Naciones Unidas. Al revisar la página de Naciones Unidas, de todo lo que dejan de percibir los estados por los sobornos que se producen a nivel mundial, se queda impresionado porque es una cifra de más allá de 760 millones, me parece aproximadamente al año. Súmele todo lo que es trata de personas, lo que son los ilícitos de tráfico de armas, etc. No son negocios que simplemente son millonarios sino billonarios es decir hay una altísima cantidad de dinero en juego y esto ha permitido permear por supuesto que las personas que van a cometer el delito,

que están involucradas: porque para cometer este tipo de delitos se necesita a ayuda la complicidad de la administración pública o de algunas personas de la administración pública, que favorezcan este tema.

Recuerde usted que en este tema de lavado están involucradas muchísimas instituciones públicas, privadas, eclesiástico, etc. Ósea hay desgraciadamente, este tema de manejo de muchos recursos da la posibilidad a estos grupos transnacionales de involucrar dentro del delito a personas que están en diferentes instituciones, diferentes jerarquías, súmele a eso esas supuestas ganancias a la impunidad, por supuesto que se hace atractivo esto para el cometimiento el ilícito.

3. ¿Qué líneas de acción deben ser tomadas en consideración respecto del lavado de activos? Y ¿Por qué? Entiéndase por líneas de acción, aquellas que están enfocadas tanto a castigar, prevenir y desarrollar modelos de investigación penal en casos complejos y de índole internacional.

Yo personalmente siempre soy partidaria más que de la sanción, porque si verificamos a nivel internacional en los últimos años los niveles de pena en diferentes tipos de delitos y el número de delitos cometidos después de esas reformas legales, no vemos que son el mismo porcentaje sino que han aumentado; por ejemplo, veamos solamente el tema de drogas, la luchas es clarísima, una lucha internacional contra las drogas con convenciones, con recursos, con armas, con todo, pero sin embargo vemos que no se ha logrado el fin no cierto que se pretende, disminución tanto del consumo como de distribución de la droga.

En ese sentido en el lavado de activos, yo también pienso que más bien se debería trabajar en la prevención, pienso que también es el tema de corrupción y demás es un tema de carácter cultural; si usted busca tanto en las páginas tanto de la OEA, de la ONU, los países con mayor menor incidencia para delitos de este tipo, usted va a ver en primer lugar los muy alejados en

carácter de corrupción o de lavado de activos a países nórdicos como Finlandia, Noruega y demás, y quizás ahí va a encontrar países del otro lado, países africanos o de Latinoamérica como Paraguay, Uruguay, Argentina, Brasil también dentro de estos porcentajes que tiene mayor posibilidad del cometimiento de este tipo de infracciones.

Entonces que quiero decir, que sin duda la política pública de prevención es la política más adecuada, porque si solamente nos centramos en el tema de sanciones, digamos entre comillas vamos a penalizar esto con unas sanciones con penas de 50, 100 años o quiera usted cadena perpetua, no vamos a lograr el cometimiento. Yo justamente en una charla que habla de la ética del servicio público, yo decía y si usted al revisar el tipo penal 317 encuentra penas de 1 a 3 años, de 5 a 7, etc., más todos los beneficios que tenemos en la actualidad yo creo que la persona que va a hacer un lavado de activos ya calcula y dice bueno si voy a ganar x cantidad, 100 millones, 200 millones por darle un ejemplo y paso 3 años que al final con rebajas, con 2 por 1 y con todo esto cumpliera solamente uno, la gente no está cumpliendo la pena, fíjese esa función preventiva de la que nos hablaba el derecho penal. Por lo cual insisto que debería trabajarse en una política pública de prevención, de educación de funcionarios públicos, de funcionarios privados y también en el tema de las sanciones, creo que usted tiene una pregunta posteriormente, no enfocarse únicamente en la sentencia, más aún si no tenemos en este país y en Latinoamérica una buena experiencia a excepción de Chile que realmente tenga un buen o alto porcentaje de sanciones en este tipo de delitos, para decir si, se está cumpliendo, se está sancionando como para tener esta labor preventiva. En otras palabras, luchar también contra la impunidad.

4. En el Ecuador, la comisión de lavado de activos además de la sanción privativa de la libertad conlleva la imposición de una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal,

la disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito. (COIP, Art. 317). ¿Usted considera que la sanción pecuniaria genera mayor efectividad que la sanción privativa de la libertad? Y ¿Cuál sería la pena proporcional (óptima) entre la sanción pecuniaria y la privativa de la libertad?

Desde mi punto de vista la sanción pecuniaria y el comiso serían lo efectivo, porque ese es el motivo del ilícito, el blanquear el dinero, el apropiarse de un dinero ilícito para volverlo en licito, lavarlo y hacerlo uso y beneficiarse de esos recursos. Pero si efectivamente el incentivo se quita, porque el incentivo es este enriquecimiento ilícito a través de este lavado, podríamos decir que si se quita ese incentivo económico también tendría un mayor grado de efectividad y de prevención.

Fíjese se ha luchado tantos años y se sigue tratando de inscribir en la Asamblea Nacional que se procure tener una ley de extinción del dominio, para que se extinga todos esos bienes que son productos de un ilícito sea cual sea, pero no se ha logrado, porque vuelvo y repito hay millones, billones de dólares en juego.

El tema penal, definitivamente el aumento de penas no ha disminuido como le comenté el tráfico de drogas, el tráfico de armas; pero sin duda, si vamos al ataque mismo de que esos dineros sirvan para el erario (público), no cierto se comisen, sería mucho más efectivo. Ahora bien, respecto de lo que usted me pregunta del porcentaje como está en la ley el duplo, el triple, bueno todo lo que es tasación en materia penal usted sabe es un poco arbitrario, que quiero decir pues, que no existe una fórmula matemática para decir porque le pongo una pena de 1 a 3 años y no de 1 a 4 o por qué no de 1 a 5. Es un poco como que al ojo, es decir no tenemos una tabla matemática o estadística que nos diga tanto corresponde a tanto, por lo tanto en materia penal los valores siempre, tanto en comiso como en los años para que se fijen una pena, van a tener un sentido de arbitrariedad.

El hecho de decir el doble o el triple desde mi punto de vista podría llegar a una especie de derecho penal simbólico, lo importante es que se cumpla, porque si ponemos ahí cinco veces, pero al final no realizamos ni siquiera el comiso y peor todavía la sanción de un pago del duplo, mal podríamos estar diciendo nosotros que se cumple con la disposición del COIP y en este caso del 317. Entonces para completar únicamente decirle que lo más efectivo sería las penas de comiso y las sanciones pecuniarias. Pero, más allá también del asunto proporcional se cumplan, sobre todo; puede estar el doble por el mismo valor que se enriqueció, pero para mí lo fundamental es el cumplimiento la efectivada de esa sanción.

5. ¿Cuál considera que podría ser la utilidad del AED en la elaboración de normas penales respecto del lavado de activos y consecuentemente en la aplicación de la pena?

Esta es una pregunta y supongo que será el punto clave de su investigación y de su trabajo. Quizás esta es una de las debilidades que presenta el país, muy pocas personas se dedican a temas de derecho económico y mucho menos a análisis de derecho económico, y menos, yo no conozco alguna, al análisis económico de los delitos. Y esto me parece fundamental, fíjese lo que hace las estadísticas que le cite hace rato, de la OEA y de la ONU, como con un análisis económico le digo cuanto es la pérdida que existe a nivel internacional respecto del cometimiento de este ilícito.

Y en este caso, solamente de lavado de activos de lo que yo investigue de la misma OEA, entre el 2 y el 5 por ciento del PIB están involucrados a nivel de varios países en lo que se va de lavado de activos; y, en América latina se va ente más de un 2.5 a más de un 6.3 por ciento del PIB, imagínese lo que es un 6% de todo el PIB; es realmente necesario la elaboración, la investigación del derecho económico para decirle oiga aquí en el Ecuador los delitos económicos, los delitos contra la administración pública nos cuestan tanto, tanto se deja de tributar al fisco por esto. Porque todo esto evidentemente se ve repercutido en materia de

ejercicio de derechos, que no tenemos plata para hospitales, que no tenemos plata para educación, que no tenemos plata para temas de derechos económicos, sociales y culturales o para la misma administración de justicia.

Cuanto le cuesta, por ejemplo, porque todo esto es parte de análisis económico de derecho, cuanto le cuesta al estado el procesar, el juzgar, el investigar, el realizar operativos respecto de delitos contra la administración pública, en específico tema de lavado de activos. Cuanto le cuesta al estado que se yo, por temas de lavado de activos en materias de impuestos, en materias de algunos otros ingresos que dejan de percibir, recuerde usted por ejemplo y en este mismo informe de la OEA, se menciona el tema de la industria, el tema de la empresa inmobiliaria; cuales son los efectos económicos, a la población respecto de todos estos hechos. Entonces a mi me parece fundamental y claro que deberían estar inmersos e involucrados en el proceso de elaboración precisamente de las tipificaciones de estos delitos, porque el legislador no es conocedor precisamente de todas las materias y si bien es cierto puede conocer de la parte jurídica, no tenemos datos suficientes que nos permitan cubrir estos posibles vacíos, estos posibles efectos que tienen este tipo de delitos.

6. ¿Considera que la aplicación de la normativa penal ecuatoriana conlleva resultados eficientes -en relación con el carácter preventivo del ilícito penal-?

No, hay si me toca ser contundente y ahí tiene usted como ejemplo para que vea que no es solo un dicho de carácter subjetivo mío o una percepción la cantidad de delitos que se han cometido en este último tiempo y que hemos visto en especial en la época de pandemia. Que cantidad de creación de empresas ficticias, de empresas de papel, de personajes políticos que han utilizados a personas de bajos recursos económicos o de poco conocimiento en materia de educación, que se han valido para hacerles firmar cualquier cosa, para hacerles aparecer como gerentes, como empresarios cuando el dinero realmente se estaba yendo por otro lado.

Vemos un montón de allanamientos, vemos un montón de operativos, pero no vemos resultados, especialmente no veo ningún tipo de comiso importante, no veo empresas cerradas, es algo en lo que yo he insistido para no limitarse solo aquí, el cierre de empresas puede ser, porque yo puedo crear otra empresa jurídica y otra empresa jurídica y otra y otra y otra a través de testaferros. Entonces debería limitarse y de por vida, el hacer negocios con las empresas jurídicas, pero también con las personas naturales involucradas en actos de corrupción y sus testaferros, es decir, no permitírseles el negocio o las contrataciones con empresas públicas, si lo quieren hacer entre privados bueno háganlo, pero donde está el meollo del asunto de los sobrepagos es con la empresa pública o con el Estado directamente, donde usted vio los informes de contraloría hasta el 9 mil por ciento, es una barbaridad y encima de ello ni siquiera entregan los productos, ósea lucran doble, triplemente.

Nosotros no vemos sentencias, yo no sé cuántas sentencias habrá aquí en materia de lavado de activos, un caso bastante fuerte importante que yo veo es el caso de Odebrecht. Ahí están metidos hasta estudios jurídicos, empresarios y demás, pero, sin embargo, no llegamos a nada y eso precisamente es el éxito de Chile donde si se tiene un alto porcentaje de sentencias.

7. ¿Qué “incentivos de conducta “(monetarios o no) producen las normas jurídicas, que tratan el lavado de activos, sobre los individuos en relación con su racionalidad? Considerar el carácter preventivo de la norma y su papel disuasivo.

Bueno, tal vez dentro de su incentivo económico pues como hemos dicho hay un montón de plata en juego, por otro lado, hay una cultura política que en los últimos años nos indica a través de la impunidad que no pasa nada. ¿Cuál es el mensaje? Ya hablando un poco en temas, ya en materia de sociología “*las representaciones sociales*”, como una autoridad me da ese mensaje de que esto es correcto o incorrecto, o que tipo de mensaje está mostrando un político,

un legislador a través de sus actuaciones y como esto se percibe a través del receptor, que somos todos.

Y si estamos viendo este mensaje de yo cometo un acto de corrupción y no pasa nada, cometo un acto de corrupción y me voy de embajador, cometo un acto de corrupción en el servicio público y me voy a otro puesto. ¿qué mensaje le doy yo a la juventud en especial?, de que bueno, cometo actos de corrupción y no pasa nada. Yo he escuchado con muchísima a algunos de mis alumnos y otra gente, bueno si cometo un acto de corrupción no pasa nada, total si me voy unos años a la cárcel, será un poquito, y después me voy a disfrutar, para que trabajo tanto.

Entonces fíjese ese antivalor, esa representación social equivocada que se está dando a través de estas conductas, que se las van naturalizando. Y, no debería de ninguna manera naturalizarse, sino todo lo contrario a través de una buena educación la gente debería repudiar, los jóvenes deberían repudiar este tipo de acciones, deberían decir no, nosotros no podemos seguir así, pero para eso es necesario una justicia neutral independiente y una justicia que haga llegar las sentencias no únicamente a los de abajo, lo que llama Esteban Crowd del selectivismo positivo, porque si al que roba una llanta, porque si al que roba, hurta una gallina, le damos el máximo de la pena; le caemos con prensa, con policía, con todo, está en una manifestación completamente del poder punitivo del Estado. En cambio, a los otros, se les da un tratamiento especial en las mejores cárceles, se les da un tratamiento con mejores abogados, mejores recomendaciones etc.

Entonces yo creo que este es un incentivo, más allá de la norma, porque la norma puede ser muy técnicamente elaborada, muy completa, muy bien diseñada, pero, si los procesos al momento de terminarse ya en un juicio penal, no llega al éxito, definitivamente podemos tener

a cualquier norma del mundo, pero no vamos a lograr absolutamente nada respecto de este tipo de delitos, menos sobre otros tipos de delitos.

8. ¿La elaboración de distinciones más “finas” entre categorías específicas del ilícito, lavado de activos dentro de la normativa, resultará en la identificación de casos suficientes de infracciones como para justificar intervenciones preventivas?

Si, siempre cuando se cumplan, si siempre que se sancionen, volvemos a lo hablado en la pregunta anterior. Nosotros tenemos un montón de numerales donde se estipulan los temas de la ocultación, de prestación del nombre, de la prestación de un servicio, de la utilización de una entidad financiera, de la utilización de empresas públicas de personas públicas, servidores públicos, del ingreso y del egreso de dinero a través de puentes. Me parece bastante completa, pero el sentido es que todo esto depende del proceso penal investigado y de los resultados y de la eficacia de una sentencia condenatoria, ese es el éxito. Porque podemos tener, vuelvo y repito una muy detallada norma penal, pero si no se cumple desgraciadamente no vamos a tener los resultados que se desea.

9. ¿Considera que la normativa penal latinoamericana y/o ecuatoriana se encuentra establecida a partir de las recomendaciones y resoluciones impartidas por entidades internacionales que combaten el lavado de activos?

Si, yo pienso que si al estar todos o la mayor parte de América latina miembros de la OEA o de la misma ONU, como organismos regional y universal respectivamente, ellos han tomado los compromisos dentro del derecho internacional público, no solamente de suscribir los tratados internacionales, sino lo importante es que la normativa de los países tiene que armonizarse en relación de estos tratados.

Como yo armonizo la legislación nacional con la legislación universal para evitar un ilícito internacional, es decir un incumplimiento de esta convención a la cual yo me comprometí por el principio de buenas filas, de pacta sun servanta etc. Entonces, estarían dentro de estos parámetros sin embargo los elementos que deberían ser tomados en cuenta son los elementos facticos de los cuales hemos hablado, es decir, no solamente es la norma, sino una política pública adecuada a nivel interno que prevenga efectivamente la corrupción, una política pública que me permita la eficacia en el uso de las sentencias y una política pública internacional que me permita la colaboración entre países. Ahí está el kit de este asunto y no únicamente en la armonización de las normas.

10. ¿Cómo definiría y calificaría la asistencia judicial internacional en el enjuiciamiento del lavado de activos y su implicancia en Latinoamérica y en el Ecuador?

Bueno la asistencia internacional como un mecanismo de ayuda y de lucha contra varios delitos desde mi punto de vista es importantísimo, si no tenemos en consideraciones que estos delitos son de carácter transnacional. Fíjese el delito se puede cometer en x país de Latinoamérica, pero, sin embargo, el producto, e efecto de ese ilícito se va a invertir a otro país. Efectivamente no es un delito que se consuma de manera material en un determinado país, sino en el cual están anexados 2, 4, 5 países generalmente de red financiera, de redes de inversión, inmobiliarias, en casinos, en muchísimos de estas empresas que utilizan en estas modalidades el lavado de activos, por lo tanto combatir únicamente a nivel nacional significaría tener una limitación jurídica respecto de lo que es la lucha contra la corrupción y los delitos contra la administración pública, en ese sentido el apoyo, la eficacia de la comunidad internacional es fundamental para combatir este tipo de delitos.

11. ¿Qué sistema a nivel latinoamericano considera que trata/combate de mejor manera el lavado de activos? ¿Por qué?

Yo estaba revisando en el tema de la OEA para no hablar simplemente de memoria, de las investigaciones realizadas, Chile sería el mejor ejemplo. Yo creo que, por varias cuestiones, una por tema de cultura, cultura jurídica de seguridad jurídica, de respeto a la norma, de respeto al otro, de respeto a las instituciones, hay una institucionalidad bastante fuerte y la institucionalidad cuando es fuerte, eso se ve reflejado en el administrado. Si no hay una institucionalidad o la institucionalidad es caótica por supuesto la administración y el administrado también no van a tener un orden.

Luego el nivel que tiene Chile en materia de sentencias, yo hablaba de un nivel general de más de 30% de efectividad de sentencias por la lucha contra el lavado de activos. Si usted tiene un sistema eficaz donde efectivamente sancionamos a las personas involucradas en este tipo de delitos, los testafierros y si aparte sancionamos en la eficacia de recuperar los dineros de comisar los bienes, es efectivamente un indicador que le permite saber que está cumpliendo con la finalidad del derecho penal. Y, cuando otra persona quiera cometer este acto simplemente dice aquí no puedo porque aquí si me comisan los bienes con relación a otro país donde dice, bueno aquí si tengo la posibilidad de tener impunidad o cierto grado de impunidad.

Aparte que tiene varias instituciones, tiene una unidad en contra de los delitos financieros una parecida a la UAFE de Ecuador, una unidad especializada. Ojo que no está solo en la fiscalía sino también en lo tributario. Ahí es donde deberían cruzarse datos, cruzarse información y decir bueno, este señor que ahora tiene ingresos de 1 millón de dólares al año y hace un año no tenía ingresos ni de 5 mil que es donde ya saltan las alertas. Esas coordinaciones y esos pluses que tiene ahí a través de lo tributario, a través de hacienda, a través de lo administrativo y a través de lo judicial, pienso que son el éxito, si no hay una coordinación real, verdadera en este tipo de delitos no podemos lograr un éxito, dese cuenta aquí deberíamos tener un control, un seguimiento para todo lo que es el mercado inmobiliario, el mercado financiero,

el mayor modo de lavado de activos, de producción de lavado de bienes, ahí precisamente debería darse el combate contra este tipo de delitos. No solamente por parte de la Fiscalía sino de otros órganos como la hacienda pública, el Servicio De Rentas Internas. Entonces, una buena coordinación, una buena prevención y por supuesto una buena política de educación a mediano y largo plazo, además porque no es cuestión de cambio de estructura de un día para otro, sería lo recomendable.

Entrevistado:

Dr. J. Núñez

PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR – SEDE AMBATO

1. A partir de una visión dogmática del derecho penal: ¿Cómo define Usted al lavado de activos? ¿Qué “denominación” consideraría se aplica de mejor manera a la propuesta regulatoria del Art. 317 del COIP (Ecuador)? ¿Qué diferencias encuentra con su país?

Mi trabajo es en el campo empresarial, trabajo mucho en el derecho societario y el derecho de propiedad industrial, no obstante, claro tiene relación indirecta también con el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque muchos de las que uno asesora en el campo empresarial pueden verse afectadas o tentadas a caer en este delito de lavado de activos, entonces en ese sentido es importante comentar.

Si es importantísimo que revisemos lo que dice el artículo 317 del COIP, reprime por supuesto el lavado de activos para toda aquella persona que tenga posea adquiera administre, mantenga, utilice, etc. O se beneficie de activos ilícitos. Yo creo que esta tipificación que hizo el COIP a partir del año 2014 permitió que Ecuador se integre al sistema moderno a nivel internacional de prevención en este tipo de ilícitos. Que no lo teníamos con el anterior código penal. Entonces, la tipificación que hace el COIP me parece bastante completa, tanto dogmáticamente como en la parte procedimental, para su represión.

2. Considerando factores como: La globalización, revolución tecnológica, movimientos de capital, los paraísos fiscales, el desarrollo de organizaciones criminales, entre otros. ¿Cuáles considera que son los principales factores que favorecen el desarrollo de lavado de activos, en Latinoamérica y el Ecuador?

Bueno, yo creo que el lavado de activos es un delito que lamentablemente a nivel del mundo y también en Latinoamérica y Ecuador se ha visto impulsado de diversas formas, tanto desde

el ámbito privado como desde el ámbito público, tenemos ahí dos ámbitos y dentro de cada ámbito hay factores. Por ejemplo, en el ámbito privado tenemos desafortunadamente la falta de ética empresarial, donde el empresario muchas veces quiere ser millonario de la noche a la mañana, quiere hacerse rico en poco tiempo, no con el trabajo y esfuerzo de años no se hacía en generaciones anteriores. Si vemos las empresas exitosas a nivel del mundo, van en su tercera, cuarta, quinta generación; gente que hizo dinero poco a poco trabajando, ahora la gente quiere por esta falta de valores de la noche a la mañana ser rico. Esa falta de ética empresarial es la que le veo como el principal factor del ámbito privado y si le aplicamos al ámbito público sería el mismo factor, solo que ahora sí con mayor gravedad, porque muchas personas no se dan cuenta que el servicio público del servicio a la sociedad, no un servirse de los recursos de la sociedad y en este tema viene ya pues el mal uso de fondos públicos, el enriquecimiento con recursos del estado.

Entonces yo creo que si hacemos un análisis de lo fácil que es crear compañías, también debe haber un análisis, dentro del análisis económico del derecho, del perjuicio que se causa a la sociedad cuando estas compañías no son debidamente vigiladas por la entidad de control societario y después de que tienen que ser sancionadas o cerradas, cuando se crea no hay mayor problema, los bienes involucrados son solo de los inversionistas de los socios o accionistas, pero que pasa cuando transcurren unos años y ya hay terceros involucrados, proveedores, clientes, la sociedad se involucra con una persona jurídica y cuando hay una sanción o cierre, hay muchas personas que pierden su empleo, el estado deja de recibir ingresos tributarios, la producción nacional se ve afectada, etc. Yo creo que estas cifras que el AED puede proporcionárnoslas, si llevarían a la modificación de ciertos procedimientos de supervisión y control de personas jurídicas y al fortalecimiento de sanciones de las personas naturales, detrás de estas personas jurídicas.

3. ¿Qué líneas de acción deben ser tomadas en consideración respecto del lavado de activos? Y ¿Por qué? Entiéndase por líneas de acción, aquellas que están enfocadas tanto a castigar, prevenir y desarrollar modelos de investigación penal en casos complejos y de índole internacional.

Yo aquí quisiera comentar de un tratadista penal, el doctor Alfonso Zambrano Pasquel que es un referente nacional. El ha hecho varios estudios y uno de los que estoy recordando en este momento es el estudio introductorio al código orgánico integral penal cuando salió el COIP, que es hace algunos años, se hacía un análisis precisamente de lo que dice el artículo 18 del COIP, ¿qué es la infracción penal?, entonces si vemos que la infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable; entonces, si vamos mirando eso, respecto a su pregunta yo creo que por ahí viene el trabajo que tiene que hacer, las vías de trabajo que tiene que hacer el estado. Es decir, cómo modificamos las conductas de la sociedad, como incidimos en una nueva conducta que no sea infractora a la ley, cómo incidimos para que las personas no tengan la intención siquiera infringir la ley, o sea tanto en el tema de los delitos tipificados, las conductas típicas contenidas en el texto de norma penal como también aquellas conductas que, aun siendo legales, pero podrían ser vistas como inmorales y antiéticas, dónde si puede verse claramente una intención. Yo creo que el trabajo de educación es fundamental en el ámbito preventivo, es fundamental en el tema COIP y en el tema ya sancionatorio, yo si pienso que las normas tienen que ser ejecutadas a plenitud.

Creo que las normas que tenemos suficiente, el problema es que muchas ocasiones los delitos quedan en la impunidad y la impunidad ataca el valor jurídico de la justicia, ataca también el valor jurídico de la seguridad jurídica y el valor del bien común, o sea como tres valores jurídicos cardinales; justicia, seguridad jurídica y bien común, son atacados cuando existe impunidad y al no existir entonces un estado en el que la ley sea la que campee y los

valores jurídicos campeen y campea la impunidad es donde se le va de las manos al Estado el control, que es lo que está pasando en estos momentos.

4. En el Ecuador, la comisión de lavado de activos además de la sanción privativa de la libertad conlleva la imposición de una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, la disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito. (COIP, Art. 317). ¿Usted considera que la sanción pecuniaria genera mayor efectividad que la sanción privativa de la libertad? Y ¿Cuál sería la pena proporcional (óptima) entre la sanción pecuniaria y la privativa de la libertad?

Yo lo que te podría decirle estimado Werner, es del hecho de que artículo 49 y 50 del COIP está recogido el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recordemos que las personas jurídicas no actúan por sí solas la persona jurídica actúa como ente ficticio, actúa en base a las decisiones que toman las personas naturales que la comandan, que la administra. Es por eso que el COIP dice que la responsabilidad de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con actos que infrinjan la ley y que lleguen a la comisión de un delito. Entonces, en este sentido yo sí creo que tanto las sanciones administrativas, como las que tiene una persona jurídica como es la desaparición y también la sanción pecuniaria económica, están bien para las personas jurídicas, yo creo que están bien las que dice el COIP.

Donde sí creo que tenemos que fortalecer es en la sanción a quienes están detrás de la persona jurídica que son los administradores, los socios de estas personas jurídicas quienes toman las decisiones. Ahí sí yo creo que la sanción económica debería ser menor y debería haber una mayor sanción de privación de la libertad. No le digo en qué porcentaje o en que magnitud, tantos años, en fin. Pero sí debería haber mayor sanción de privación de libertad

efectiva, porque el momento que la gente ha cometido un delito económico de lavado de activos y se ha enriquecido con muchos millones, la gente puede pagar tranquilamente la sanción pecuniaria y vuelve a cambiar la impunidad; entonces insisto ahí, tenemos que reducir las sanciones económicas para las personas naturales y fortalecer las sanciones privativas de la libertad.

5. ¿Cuál considera que podría ser la utilidad del AED en la elaboración de normas penales respecto del lavado de activos y consecuentemente en la aplicación de la pena?

Yo creo que esa es una gran pregunta estimado Werner, y yo creo que el AED podría guiar grandemente al legislador ecuatoriano en el fortalecimiento de la normativa penal respecto al lavado de activos. Yo creo que el legislador necesita que el análisis económico del derecho le de luces, sobre lo que estoy diciendo; por ejemplo, qué daño causa a la sociedad el que se creen personas jurídicas ficticias, se crean en el papel. Hoy hacemos una compañía mediante el sistema de internet a la Superintendencia de Compañías, de experiencia práctica le digo eso se puede hacer en 48 horas. Se utiliza el sistema de la Superintendencia, va a la notaría todo online, va al Registro Mercantil, va al SRI se apertura el RUC, se apertura la cuenta bancaria y eso se va ya con la cuenta bancaria a la Superintendencia de Compañías al registro de sociedades. Operativamente ya en la práctica todo lo que estoy diciendo y tomando en cuenta que la cuenta bancaria puede demorar un par de semanas, más menos una compañía puede estar lista en tres semanas, lista para funcionar, es así de rápido.

Pero el problema será que muchas veces se crean compañías para perjudicar, ósea ya con la mala intención de convertirse en escudos jurídicos para lavar activos. entonces yo creo que si hacemos un análisis de lo fácil que es crear compañías, también debe haber un análisis dentro del AED del perjuicio que se causa a la sociedad cuando estas compañías no son debidamente vigiladas por la autoridad de control societario y después qué tienen que ser sancionadas o

cerrados cuando se crea no hay mayor problema, los bienes involucrados son solamente de los inversionistas, de los socios, o de los accionistas, pero qué pasa cuando transcurren unos años y ya hay terceros involucrados, proveedores, clientes, la sociedad se involucre con una persona jurídica y cuando hay una sanción o cierre, hay muchas personas que pierden su empleo, el estado deja de recibir ingresos tributarios y la producción nacional se ve afectada, etc.

Yo creo que estas cifras que el AED puede proporcionarlas sí llevarían a la modificación de ciertos procedimientos de supervisión y control de personas jurídicas y al fortalecimiento de las acciones también contra las personas naturales detrás de estas personas jurídicas.

6. ¿Considera que la aplicación de la normativa penal ecuatoriana conlleva resultados eficientes en relación con el carácter preventivo del ilícito penal?

Yo creo que la normativa ecuatoriana no ha sido bien difundida, yo creo que no está cumpliendo adecuadamente este deber de prevención, que es lo que entiendo trata la pregunta. Porque se supone o así lo dice la ley que todos debemos conocer el texto legal y su desconocimiento no nos exime de responsabilidad en caso de infringirla. Pero eso se supone, ahora vamos a la realidad de las cosas, mucha gente no conoce el texto, no conoce su alcance; a nivel empresarial, muchos empresarios no conocen que el momento que están prestando por ejemplo su nombre, que están prestando las cuentas de una compañía a un amigo, a un familiar, a un conocido, para que haga depósitos ahí; podrían verse involucrados en una investigación penal, por la presunción de lavado de activos.

Muchas veces usted sabe que el tema de lavado de activos tiene muchísimos ángulos y un empresario por desconocimiento podría estar cayendo en este ilícito, sin quererlo, sin tener la intención de hacerlo. Por eso yo pienso que la difusión por parte de los organismos respectivos del estado tiene que ser más profunda, la difusión también por las universidades, la capacitación de los profesionales, de los nuevos abogados, debe ser más profunda para evitar que la gente

cometa este tipo de ilícitos, si hacen por desconocimiento. Si hacen o cometen intencionalmente de forma dolosa a sabiendas de las consecuencias, ese es otro asunto. Pero el carácter preventivo de la ley, me parece que si está un poco débil en nuestro país.

7. ¿Qué “incentivos de conducta “(monetarios o no) producen las normas jurídicas, que tratan el lavado de activos, sobre los individuos en relación con su racionalidad? Considerar el carácter preventivo de la norma y su papel disuasivo.

Bueno yo creo que el mayor incentivo que puede producir una norma o que debería producir una norma penal en este caso específicamente, debería ser, no digo que así sea en la norma ecuatoriana, pero debería ser, el darle al empresario un incentivo real, un incentivo objetivo, puede ser tributario, se me ocurre un incentivo fiscal para aquellas empresas que jamás se han visto involucradas en temas de lavado de activos. Porque hoy el incentivo, no lo veo yo de manera objetiva, el incentivo es decir mire si usted no comente esto siéntase tranquilo y duerman tranquilos, pero si ese tipo de empresas que siempre se han mantenido dentro del margen de la ley, pienso yo que sí deberían ser incentivada tangiblemente, podría ser en el ámbito fiscal.

8. ¿La elaboración de distinciones más “finas” entre categorías específicas del ilícito, lavado de activos dentro de la normativa, resultará en la identificación de casos suficientes de infracciones como para justificar intervenciones preventivas?

Yo creo que sí, yo creo que todavía podemos afinar un poquito las categorías que tenemos. mire, por ejemplo, tenemos el artículo 317 que detalla todas las conductas antijurídicas relacionadas al lavado de activos. No obstante, si nos fijamos más allacito en el mismo COIP, el artículo 323 habla de captación ilegal de dinero. ¿qué es la captación ilegal de dinero? Aquí la persona que organiza el desarrollo y promoción en forma pública o clandestina actividades de intermediación financiera sin autorización legal, aquí en el ecuador eso se conoce

comúnmente como usted sabe somos ecuatorianos y el lenguaje criollo pues es muy rico en palabras: las personas que son aquellos que los financistas ilegales, aquellos chulqueros que captan dinero y pagan intereses y cobran también intereses de usura, eso es usureros; bueno eso también, para mi punto de vista es una categoría más de lavado de activos, porque es un sistema financiero oculto a la norma legal, es un sistema financiero sin control, es un sistema financiero que está en la sombra y propicia, facilita, promueve, impulsa, posiblemente que los dineros que circulan también sean provenientes de lavado de activos.

Entonces pero no está incluido en el artículo 317, entonces yo pienso que sí sería importante que el artículo en mención, que el artículo 317, se restructure de tal manera, que pueda incluir otro tipo de conductas antijurídicas vinculadas al mismo tema, como por ejemplo la captación ilegal de dinero, entre otros.

9. ¿Considera que la normativa penal latinoamericana y/o ecuatoriana se encuentra establecida a partir de las recomendaciones y resoluciones impartidas por entidades internacionales que combaten el lavado de activos?

En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sí he revisado y la normativa por lo menos los artículos 49 y 50 que le ponen una sanción penal a las personas jurídicas, si están en relación a la normativa emitida para elaboraciones emitidas por las Naciones Unidas que orientan y que solicitan que todos los países miembros del sistema de Naciones Unidas, incorpore este tipo de sanción en sus respectivas legislaciones penales, para poder compartir diversidad de delitos como por ejemplo entre otros el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, etc. Entonces, yo considero que este ámbito que le hablo penal empresarial, yo pienso que sí, que sí estamos dentro, recién desde el 2014 dentro de las normas internacionales, antes del 2014 con el Código Penal anterior no lo estábamos.

10. ¿Cómo definiría y calificaría la asistencia judicial internacional en el enjuiciamiento del lavado de activos y su implicancia en Latinoamérica y en el Ecuador?

Bueno mire, de lo que hemos visto que sí hay una cooperación internacional importante a nivel de organismos internacionales y a nivel de naciones también, de manera bilateral, así como multilateral, si hay una cooperación importante para el combate internacional del lavado de activos. Y tiene que haber, lo que sí creo que necesitamos fortalecerla un poquito más, porque vemos casos en los que cómo se les conoce comúnmente aquellos delincuentes de cuello blanco, aquellas personas que han perjudicado a los recursos del Estado, han cometido delitos contra los recursos del Estado y han fugado a otros países y lamentablemente la cooperación penal internacional no es tan explícita y tampoco tan efectiva para poder regresar a las personas que han cometido el delito a ser juzgadas en el país y los recursos económicos del Ecuador también que salieron, junto con estas personas y que están trabajando o depositadas en los sistemas económicos financieros de otras naciones con las que se supone que deberíamos completar mejor.

Tenemos muchas personas que han huido con recursos del Estado o se presume que así lo han hecho a Estados Unidos por ejemplo o a Europa y ha sido bastante complicado para las autoridades ecuatorianas, el poder regresar a juzgarlos aquí en el país a los presuntos delincuentes y que los recursos regresen al país. Ahí creo que falta bastante cooperación internacional a pesar de que, si la hay, hay que mejorar.

11. ¿Qué sistema a nivel latinoamericano considera que trata/combate de mejor manera el lavado de activos? ¿Por qué?

Yo considero desde el ámbito empresarial y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, he visto que la legislación de Colombia, la legislación de Perú, de México, son quizás las más fuertes para el combate este tipo de delitos asociados a las compañías, a las sociedades

mercantiles; porque claro son tres países, Colombia, Perú, México que junto a Ecuador también, nos hemos visto bastante afectados por las redes de tráfico de estupefacientes y que también lavan dinero como dijimos antes compañía entonces En este sentido y que también lavan dinero, utilizando como dijimos antes compañías ficticias. Entonces en este sentido yo he visto la normativa mexicana, colombiana y peruana, que son bastante fuertes y me parece que también los sistemas de justicia si están caminando a una velocidad un poco mayor que el resto de América latina.

Anexo 4. Informe estadístico de lavado de activos de “Fiscalía”

| |
|---|
| ANEXO 6: Formato de Informe Estadístico |
| Fecha de suscripción de la solicitud: 26-05-2020 |
| Fecha ingreso a la unidad: 04-06-2020 |
| Fecha de respuesta: 28-05-2020 |
| Tema: Lavado de activos |
| Procedimiento de extracción de información: |
| · Fuente: Sistema de Actuaciones Fiscales (SIAF) |
| · Fecha de corte: 4 de junio de 2020 |
| · Unidad de Análisis: Noticias de delitos (denuncias) |
| · Periodo de Análisis: agosto 2014 a mayo 2020 |
| · Consideración: Incluye tentativas y consumados |
| Elaborado por: Alex Tupiza Aldaz |
| Se informa al peticionario que según: |
| La Constitución de la República del Ecuador: |
| Artículo 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información. |
| La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública |
| Artículo 1.- Principio de Publicidad de la Información Pública. - El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema material de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGs), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley. |
| La Dirección de Estadística y Sistemas de Información atenderá éste pedido durante los 10 días siguientes a la recepción del mismo o, a más tardar, dentro del plazo establecido en el Artículo 9 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública – LOTAIP |
| De conformidad con el Código Orgánico Integral Penal |
| Artículo 472, no podrá circular libremente la siguiente información: |
| 1) Aquella que esté protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente establecida en la ley. |

| |
|--|
| 2) La información acerca de datos de carácter personal y la que provenga de las comunicaciones personales cuya difusión no haya sido autorizada expresamente por su titular, por la ley o por el juzgado. |
| 3) La información producida por la o fiscal en el marco de una investigación previa y aquella original en la orden judicial relacionada con las técnicas especiales de investigación. |
| 4) La información acerca de niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecidos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución. |
| 5) La información calificada por los organismos que conforman el Sistema nacional de inteligencia. |
| Artículo 584 |
| 6) Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investigan y sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten. |
| 7) Cuando el personal de las instituciones mencionadas, los peritos, traductores, interpretes, que han intervenido en estas actuaciones, divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan, atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionadas conforme con lo previsto en este Código. |
| Ley Orgánica de comunicación |
| *Con base en el principio de responsabilidad ulterior contenido en el Artículo 19 de la Ley Orgánica de Comunicación, que establece que la responsabilidad ulterior es la obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias administrativas posteriores a difundir contenidos que lesionen los derechos establecidos en la Constitución y en particular los derechos de la comunicación y la seguridad pública del Estado, a través de los medios de comunicación, sin perjuicio de las acciones civiles penales o de cualquier otra índole a las que haya lugar; la FGE requiere al peticionario utilizar la información proporcionada solo para los fines específicamente establecidos en la solicitud, así como, hacer uso responsable de la misma. |