

**Apuntes del delito de lavado de activos en el
ecuador y su relación con la prueba indiciaria**

**Notes about the crime of money laundering in
Ecuador and its connections with the circumstantial
evidence**

Alejandra Apolo-Salazar

Universidad Tecnológica Indoamérica - Ecuador
tapolo93@gmail.com

doi.org/10.33386/593dp.2021.5-1.822

RESUMEN

Desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se ha venido formulando estudios que permitan visibilizar lo que implica el tipo penal lavado de activos, en el presente se cavila acerca de lo que implica el onus probandi y cómo se invierte la carga de la prueba, lo que desde el punto de vista del garantismo del Ecuador es atentatoria del efectivo goce de los derechos, aunque se trate del adecuado funcionamiento del sistema económico, no puede soslayarse la tutela judicial efectiva de los derechos ni el debido proceso.

Palabras clave: lavado de activos; carga de la prueba; prueba indiciaria

Cómo citar este artículo:

APA:

Apolo-Salazar, A., (2021). Apuntes del delito de lavado de activos en el Ecuador y su relación con la prueba indiciaria. 593 Digital Publisher CEIT, 6(5-1), 362-369. <https://doi.org/10.33386/593dp.2021.5-1.822>

Descargar para Mendeley y Zotero

ABSTRACT

Since the “Código Orgánico Integral Penal” come into effect, studies have been formulated that allow make visible what the penal type of money laundering implies, in the present there is a reflection about onus probandi and how the burden of proof is reversed, which violates constitutional guarantees, such as the effective enjoyment of rights, although it is a matter of safeguarding the proper functioning of the economic system, effective judicial protection of rights and due process cannot be avoided.

Key words: laundering; burden of proof; circumstantial evidence

Introducción

Proceder con honestidad en aras de la dignidad del hombre es el compromiso más trascendente en nuestro corto paso por este mundo.

René Gerónimo Favaloro

El presente trabajo busca precisar el tipo penal lavado de activos como nueva forma de delito específico, en el sistema penal ecuatoriano a través de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, teniendo en cuenta que el Ecuador desde el año 2008, pasó a ser un Estado constitucional de derechos y justicia,¹ en el cual, el Estado es el garante del efectivo goce de los derechos y, en este sentido, debe propugnar por el adecuado funcionamiento del sistema económico. Para contextualizar, es trascendente tener como referente algunas nociones básicas otorgadas por los entendidos en la materia para desentrañar lo medular del tipo penal: las conductas que se le circunscriben; la carga probatoria; el tipo de prueba; y, sus consecuencias jurídicas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

Antecedentes Histórico-Sociales

La denominación de la conducta como lavado de activos remonta su origen histórico al siglo XX, en los años 20, en Estados Unidos, el término “lavado” fue acuñado por la mafia italiana que operaba en dicho país, la cual adquiría y montaba lavanderías con el objeto de ocultar los ingresos provenientes de sus actividades ilícitas.²

No obstante, en la Edad Media, cuando la

usura ya era considerada delito, los mercaderes empezaron a implementar mecanismos de disfrazar la usura de tal modo que el origen del dinero pagado con intereses excesivos tenga la apariencia de ilícito, es por ello que se afirma que el embrión de lo que hoy se conoce como lavado de activos, tuvo su origen en la antedicha etapa de la historia.³

En 1989, se crea el Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI, con la finalidad de prevenir y detectar el cometimiento de las conductas;⁴ en el año 2004, con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, se define a la conducta como “blanqueo del producto del delito”; en el Ecuador por su parte, en el año 2005, se expidió la normativa que reprimía el delito a ser analizado; y fue con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, que el Ecuador que lo tipificó como un tipo penal autónomo y específico en función de las conductas que el fueron incorporadas como típicas.

Conceptualización

A efectos de poder precisar las conductas que se enmarcan dentro del tipo penal lavado de activos, conocido también como blanqueo de capitales, se debe conceptualizar el mismo; en tal virtud, Roberto Durrieu afirma que se trata de “[...] proceso por el cual los activos derivados de actividades criminales eran manipulados de tal manera que aparecían como si fueran provenientes de actividades y negocios legítimos.”⁵

Para Fabián Caparrós, el lavado es “el proceso tendiente a obtener la aplicación en

1 Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. I, “Elementos constitutivos del Estado”, cap. primero, “principios fundamentales”, art. 1 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 2.

2 Roberto Durrieu, *El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Histórica (Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis Argentina : Librería Editorial, 2006), 2.

3 Unidad de Información Financiera Argentina, párr. 2, accedido 03 de junio de 2016, <http://www.uif.gov.ar/uif/index.php/en/sobre-el-lavado-de-activos/134-lavado-de-activos/99-historia-sobre-el-lavado-de-activos>

4 Guillermo Jorge, ed., *Recuperación de activos de la corrupción* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008), 5.

5 Durrieu, *El lavado de dinero en la Argentina*, 2.

actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legitimidad”⁶.

Es decir, se disfraza a los bienes que fueron obtenidos por actividades delictivas u actos de corrupción, aparentando actividad empresarial o financiera. El lavado de activos es la inserción de los bienes de origen ilícito al sistema económico financiero del Estado. Debido al incremento de actividades ilícitas, grandes magnitudes y exorbitantes sumas de dinero confluyen en el cometimiento de este delito; en consecuencia, el lavado de activos es un tipo penal que se comete con mayor frecuencia.

De acuerdo al Diccionario Económico, este delito es “[...] el conjunto de mecanismos y procedimientos orientados a dar apariencia de legitimidad o legalidad a bienes o activos de origen delictivo”⁷.

La Federación Latinoamericana de Bancos, ha definido que el lavado de activos es “[...] un proceso en virtud del cual, los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal, con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”⁸.

Según el maestro Luigi Ferrajoli, “[...] la segunda forma de criminalidad del poder es la de los grandes poderes económicos transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de

corrupción”⁹.

Las tradicionales categorías de delitos se han vuelto insuficientes¹⁰, por esto, el Estado a través del Derecho Penal, debe regular las conductas y, enmarcar como prohibidas aquellas que intervienen en la esfera de la criminalidad que afectan a la economía del conglomerado y la evitación de la permisibilidad del manejo económico financiero con activos productos de ilícitos. Pero, qué implica lavar o blanquear activos, más allá de las concepciones citadas, con el fenómeno de la globalización, el delito adopta la característica extraterritorial, no se limita a un ámbito nacional, sino que, por facilidades de perpetración del delito, es tan sencillo como desde la comodidad del hogar del sujeto activo, con escasos clicks y en escasos segundos, transferir activos de un país a otro e introducirlos en el sistema económico.

Normativa nacional e internacional

Como ya se anotó en párrafos precedentes, en el Ecuador, se expidió la Ley para Reprimir el Lavado de Activos N° 2005-12, publicada en el Registro Oficial 127 de 18 de octubre de 2005, está primera normativa para el efecto contempló, formas de prevenir y sancionar el delito¹¹. Con la ley antes mencionada se creó el Consejo Nacional contra Lavado de Activos y la Unidad de Análisis Financiero, esto, con el objetivo de prevenir el lavado de activos y el financiamiento de delitos. Cuando esta prevención, probablemente entra a alguna fase del *iter criminis* trabaja de manera conjunta con la Fiscalía.

Con el Código Orgánico Integral Penal – COIP en el Art. 317 se tipificó como un tipo penal

9 Luigi Ferrajoli, *La Globalización y el orden jurídico: reflexiones contextuales*, 1. ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 138.

10 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 4. ed. rev. y puesta al día (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 39.

11 Ecuador, *Ley para Reprimir el Lavado de Activos*, en Registro Oficial, No. 127 (18 de octubre de 2005).

6 Eduardo A. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales* (Madrid: Editorial Colex, 1998), 4.

7 Diccionario económico, párr. 2, accedido 03 de junio 2016,

8 Federación Latinoamericana de Bancos, párr.22, accedido el 03 de junio de 2016,

autónomo el lavado de activos¹², con alrededor de 25 verbos rectores; por tratarse de un delito de ejercicio de acción penal pública, corresponde investigar a la Fiscalía General del Estado.

Adicionalmente, el Código Orgánico Monetario y Financiero en el Art. 14 número 11 letra a) establece que es función de la Junta Monetaria prevenir y desincentivar prácticas fraudulentas, incluidos el lavado de activos y el financiamiento de delitos como el terrorismo¹³.

Hay que anotar también que, tal como hiciere la diferenciación el Doctor Zambrano Pasquel, los delitos simples son aquellos que ofenden un solo bien jurídico protegido, delitos cuya acción atentan contra un solo derecho, por su parte, los delitos complejos, son los que atacan varios bienes jurídicos protegidos, atentan contra varios derechos, bajo esta consideración el delito de lavado de activos constituye un delito complejo¹⁴.

En el ámbito Internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, norma en los artículos 6, 7, 10, este delito; no obstante, aclara que, cada país deberá expedir su normativa para prevenir y sancionar las conductas, cabe anotar que, de conformidad con el Art. 416 número 9 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁵, las instrumentos de derecho internacional, son considerados como norma de conducta, por lo que, se debe

12 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 317. En adelante se cita COIP.

13 Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, en Registro Oficial, No. 332 (12 de septiembre de 2014).

14 Alfonso Zambrano Pasquel, *Lavado De Activos (2a. Ed.)* (S.L.: Corporación De Estudios y Publicaciones, 2020), 86.

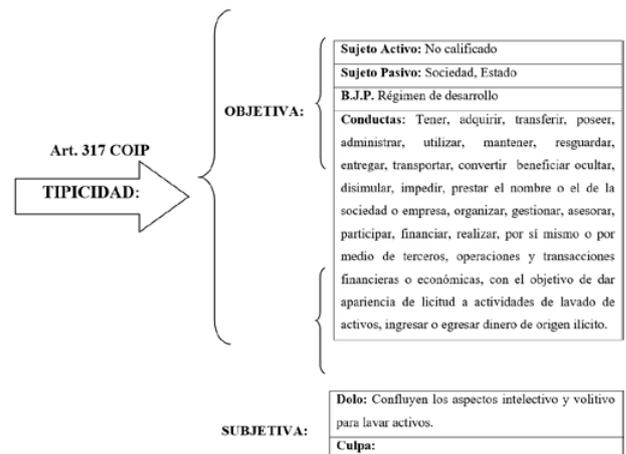
15 *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. VIII, “Relaciones Internacionales”, cap. primero, “principios de las relaciones internacionales”, art. 419 número 9 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 2.

atender al COIP y concomitantemente al citado instrumento internacionales en lo referente a lavado de activos.

Categorías Dogmáticas

En el caso de que la conducta se adecue a uno o varios los verbos rectores del tipo penal establecido en el COIP se debe realizar el análisis de las categorías dogmáticas para establecer o no la consecuencia jurídica, es decir, la pena.

La primera categoría por precisar es la tipicidad, al tratarse de un delito autónomo tal como lo define el legislador, no se necesita un presupuesto para encajarse al tipo, este es independiente, se debe demostrar el origen ilícito, cualquier delito como actividad subyacente decantaría en lavado de activos, la referida categoría se traduce en el siguiente cuadro:



Se debe destacar que en este tipo de delito, y de conformidad con el COIP, existe autoría tanto mediata como inmediata, respecto de la autoría mediata, el maestro Muñoz Conde, afirma que: “[...] autoría mediata es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza [...]”¹⁶; para el caso de este delito, se necesita más de un sujeto activo, pues se trata de un sistema en el que intervienen en distintos roles.

Respecto de la antijuridicidad, será necesaria la introducción o intento de

16 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 498.

introducción de activos al régimen económico, que nunca se volverán legales, aunque hayan adquirido apariencia de legalidad; simplemente están maquillados, fueron transformados de un bien por otro, se ejecutó la conducta con la intención de legitimarlo, que el bien de origen ilegítimo se convierta o pase a la legalidad, a la licitud.

En cuanto a la culpabilidad y el respectivo juicio de reproche, será clara la respuesta de saber o no si el autor pudo o no actuar de conformidad a la norma de conducta y no transgredir la norma penal, en ese sentido y de acuerdo a lo establecido en el COIP, deberá establecerse la pena. Para Bernardo Feijoo, desde el punto de vista retributivo, “la pena es una sanción [...] un mal impuesto a un autor como retribución de su hecho¹⁷”, es decir, para se active el aparato estatal punitivo, es necesario que a la persona a quien le será impuesta la sanción, le haya sido comprobado el acto, típico, antijurídico y culpable.

Régimen probatorio

El probar la ilicitud de los fondos por parte de Fiscalía, más bien implica que se reinvierta la carga de la prueba, pues será el procesado quien deberá justificar la licitud de los fondos entredichos. En el lavado de activos existe una relación intrínseca entre el procesado con la práctica y carga de la prueba efectuada en la etapa de juicio; esto sopesará la pena tanto en cuanto se haya aportado aquella prueba de cargo o descargo que a su vez haya logrado o no enervar en estado de inocencia.

Con relación al delito previamente cometido, o conocido en la doctrina como deliro fuente, debe tratarse de dineros o lo que en su defecto lo represente, con una procedencia delictiva como refiere el profesor Zambrano Pasquel, será entonces cuando se hable o se esté frente al objeto material del delito. La

17 Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires: Editorial B. de F, 2007), 51.

existencia de pruebas del delito fuente, podría constituir prueba indiciaria, que se traduzca en concordante, unívoca y diurecta que pueda establecer la presunción del origen ilícito del dinero o de lo que lo representa¹⁸.

El citado autor afirma que existe, efectivamente, una inversión de la carga de la prueba, pues el *onus probandi* recae sobre el procesado, quien deberá probar el origen lícito de los fondos o recursos. Si bien es cierto, el delito de lavado de activos reviste su característica de autónomo, no se puede dejar de considerar que el delito fuente debe existir, concurre como aquel que esta relacionado en calidad de conexo y su prueba suficiente de la prueba de dicho delito primario será considerada como aquella que genera de forma indiciaria la existencia de lavado de activos como tal¹⁹.

Desde el punto de vista pragmático se vuelve inverosímil que el procesado pueda o deba mantener una actitud pasiva en juicio y esperar a que Fiscalía o la acusación particular demuestren la ilicitud de los activos, ya que de esto depende la adecuación o no la adecuación a la tipicidad, quien interactúa en juicio a fin de probar la inocencia es el procesado. Incluso, la comprobación de este delito autónomo implicaría hacerlo mediante prueba indirecta debido a la complejidad de este.

Ahora bien, las pruebas por la naturaleza jurídica del tipo, y debido a su complejidad, tendrán el carácter de directas así como indirectas; el autor Pablo Pabón ha referido que el indicio “[...] aquella demostración que se obtiene indirectamente, a través de una inferencia racional directa y precisa, que opera como determinada verdad formal, que constituye el objeto o tema a probar y, que tiene como base datos o hechos, inmediatamente probados en el juicio oral y público²⁰”; no obstante, estos indicios deberán estar vinculados con todas las

18 Zambrano Pasquel, *Lavado De Activos* (2a. Ed.), 115.

19 Zambrano Pasquel, 116.

20 Germán Pabón Gómez, *Lógica del indicio en materia criminal* (Santafé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994), 159.

pruebas directas aportadas al proceso.

María Jesús Hernández Elvira, Jueza en la Comunidad Autónoma de Canarias en España, ha referido que “En una labor lógico-jurídica del juez, que le permite, estando probado o conocido un hecho, llegar a establecer la existencia de otro, que es el relevante para el proceso y la Sentencia, puesto que es el hecho punible e inculpativo, tipificado en la Ley Penal²¹.” ya que los indicios no constituyen un verdadero medio de prueba, debe realizarse en función de la integralidad de la prueba aportada en juicio

Para saber si se está frente a un blanqueo, se debería observar presupuestos como: incremento injustificado del patrimonio; vinculación a actividades delictivas; y/o, ausencia de actividades que justifiquen los activos que se cuestionan, pero es la fiscalía quien deberá demostrar esto a través de su actividad investigativa; no se puede acreditar una prueba indirecta sino la sustenta en una acreditación de prueba directa, que lleve a un enlace preciso y directo de los hechos, se debe establecer el nexo causal, para desvirtuar la presunción de inocencia.

Conclusiones

El lavado de activos se configura con nueva forma de delitos por su reciente tipificación de apenas 10 años atrás aproximadamente, y su ultimada concurrencia; se puede anotar que antes de la tipificación, la conducta no era penalmente reprochable, no obstante, como se analiza, se trata de un tipo penal complejo de probar, no solo por la concurrencia de los verbos rectores, sino también por la autonomía del tipo. No solo que la carga de la prueba se reinvierte, sino que, además se debe obtener prueba de calidad que logren de demostrar la adecuación al tipo, adicionalmente, se puede apreciar que se recurre a la prueba indiciaria, válida en el proceso penal, cuando cumple con el presupuesto indispensable, a efectos de no vulnerar la tutela judicial efectiva de los derechos; no obstante, se debe cuidar que

21 María Jesús Hernández Elvira, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, párr.2. accedido el 04 de junio de 2016,

dicha prueba se analice en la integralidad para sancionar estos delitos.

Referencias bibliográficas y normativas

- Durrieu, Roberto. El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (ley 25.246) y financiamiento del terrorismo. Historica. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis Argentina : Librería Editorial, 2006.
- Fabián Caparrós, Eduardo A. El delito de blanqueo de capitales. Madrid: Editorial Colex, 1998.
- Feijóo Sánchez, Bernardo. Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Montevideo: Editorial B. de F [u.a.], 2007.
- Jorge, Guillermo, ed. Recuperación de activos de la corrupción. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- Luigi Ferrajoli. La Globalización y el orden jurídico: reflexiones contextuales. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. Derecho penal. Parte general. 4. ed. rev. y Puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Pabón Gómez, Germán. Lógica del indicio en materia criminal. Santafé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. Lavado De Activos (2a. Ed.). S.L.: Corporación De Estudios y Publicaciones, 2020.
- Unidad de Información Financiera Argentina, párr. 2, accedido 03 de junio de 2016, <http://www.uif.gov.ar/uif/index.php/en/sobre-el-lavado-de-activos/134-lavado-de-activos/99-historia-sobre-el-lavado-de-activos>

Diccionario económico, párr. 2, accedido 03 de junio 2016, <http://www.expansion.com/diccionario-economico/blanqueo-de-capitales.html>

Federación Latinoamericana de Bancos, párr.22, accedido el 03 de junio de 2016, http://www.felaban.net/coplafit/definicion01_2.html

María Jesús Hernández Elvira, *La prueba indiciaria en el proceso penal*, párr.2, accedido el 04 de junio de 2016, http://icalanzarote.com/docus/articulos/prueba_indiciaria.pdf

Fuentes Normativas

Constitución de la República del Ecuador Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008. Vigente.

Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014. Vigente.

Ley para Reprimir el Lavado de Activos, en Registro Oficial, No. 127 (18 de octubre de 2005). Derogado.

Código Orgánico Monetario y Financiero, en Registro Oficial, No. 332 (12 de septiembre de 2014). Vigente.