



El lavado de activos en la legislación penal ecuatoriana: Estudio de caso

Money laundering in Ecuadorian criminal law: A case study

Lavagem de dinheiro no direito penal equatoriano: um estudo de caso

ARTÍCULO DE REVISIÓN

Jorge Luis Villacreses Palomeque
jlvillacreses@sangregorio.edu.ec
Universidad San Gregorio de Portoviejo. Portoviejo, Ecuador

Williams Adrián Herrera Sabando
williams14hs@gmail.com
Universidad San Gregorio de Portoviejo. Portoviejo, Ecuador



Escanea en tu dispositivo móvil
o revisa este artículo en:

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i21.156>

Artículo recibido el 15 de mayo 2023 / Arbitrado el 6 de junio 2023 / Publicado el 20 de julio 2023

RESUMEN

El derecho en todas sus ramas tiene como objeto genérico la normativización y regulación de las relaciones sociales en la vida cotidiana, de la necesidad del hombre de sentar las reglas de juego claras en una sociedad para así evitar el desconcierto y consecuentemente la decadencia de la misma. Por ello, este estudio tiene como finalidad presentar el caso acerca de la acusación realizada por la Fiscalía General del Estado en el Proceso N° 13283- 2020-01071 en contra del Consorcio Pedernales, por el presunto delito de Lavado de Activos, en donde se señalan cuestionamientos respecto a la objetividad que debe de tener este órgano acusador en el decurso de su intervención tanto en la fase pre procesal como procesal. El presente análisis se enfoca en determinar si Fiscalía General del Estado realizó una debida acusación por el delito de Lavado de Activos en contra de los procesados, observando los elementos que conforman el tipo objetivo en relación a todo el actuado en la fase de investigación previa y como deberá confluir la tipicidad ante la presencia de estos. En donde se concluye que la fiscalía no actuó de manera objetiva relacionando los hechos que fueron investigados y todos los indicios recabados en la indagación previa, puesto que al momento de formalizar su acusación lo hace por el Art. 317 del COIP que contempla el Lavado de Activos.

Palabras clave: Lavado de activos; Tipos penales; Constitucionalismo; Garantismo; Interpretación penal; Caso N° 13283- 2020-01071

ABSTRACT

The law in all its branches has as a generic object the normativization and regulation of social relations in everyday life, the need of man to establish clear rules of the game in a society in order to avoid confusion and consequently the decadence of the same. Therefore, the purpose of this study is to present the case of the accusation made by the Attorney General's Office in Process N° 13283- 2020-01071 against Consorcio Pedernales, for the alleged crime of Money Laundering, where questions are raised regarding the objectivity that this accusing body should have in the course of its intervention both in the pre-procedural and procedural phase. The present analysis is focused on determining if the Attorney General's Office made a proper accusation for the crime of Money Laundering against the defendants, observing the elements that make up the objective type in relation to all the actions taken in the preliminary investigation phase and how the typicity should converge in the presence of these elements. In which it is concluded that the prosecution did not act objectively relating the facts that were investigated and all the evidence gathered in the preliminary investigation, since at the moment of formalizing its accusation it does it by Art. 317 of the COIP that contemplates the Laundering of Assets.

Key words: Money laundering; Criminal types; Constitutionalism; Guaranty; Criminal interpretation; Case N° 13283- 2020-01071

RESUMO

O direito, em todos os seus ramos, tem como objeto genérico a normatização e a regulação das relações sociais no cotidiano, a necessidade de o homem estabelecer regras claras do jogo em uma sociedade, a fim de evitar a confusão e, conseqüentemente, a decadência da mesma. Portanto, o objetivo deste estudo é apresentar o caso da acusação feita pela Procuradoria Geral do Estado no Processo N° 13283-2020-01071 contra o Consorcio Pedernales, pelo suposto crime de lavagem de dinheiro, onde são levantadas questões sobre a objetividade que esse órgão acusador deve ter no curso de sua intervenção, tanto na fase pré-processual quanto na processual. A presente análise tem como foco determinar se o Ministério Público imputou devidamente aos réus o crime de lavagem de dinheiro, observando os elementos que compõem o tipo objetivo em relação a todos os atos praticados na fase de instrução e como deve ser definido o delito na presença desses elementos. No qual se conclui que a acusação não agiu objetivamente relacionando os fatos que foram investigados e todas as provas colhidas na investigação preliminar, uma vez que no momento de formalizar sua acusação o faz com base no art. 317 do COIP que contempla a lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; Infrações penais; Constitucionalismo; Garantias; Interpretação penal; Caso N° 13283- 2020-01071

INTRODUCCIÓN

La legitimidad del Derecho Penal para intervenir en las relaciones sociales y por consiguiente en la esfera de los derechos de las personas, especialmente en la libertad, encuentra su fundamento en la construcción del Estado de Derecho, siendo así una de las ramas del derecho más importantes, pero no necesariamente la más prioritaria frente a las conductas antijurídicas que ocurren en la sociedad (Bustos, 2007).

La intervención del Derecho Penal está condicionada únicamente para aquellas conductas que se apartan del contexto social que les es propio del rol que desempeñan y se tornan penalmente relevantes, adquiriendo así una consecuencia jurídica por la comisión de la misma (Sánchez, 2007); la sanción de estas conductas no está basada en un criterio arbitrario y discrecional para su interposición, sino que se ajusta a un procedimiento en el cual debe existir una comprobación real del hecho y a su vez, verificar la responsabilidad atribuible a un sujeto en razón de la misma, desvaneciendo así su presunción de inocencia y volviéndolo penalmente responsable, cuando existe un nexo causal entre la materialidad y la responsabilidad del reprochado.

Por ende, el rol que tiene fiscalía como persecutor de delitos cuyo ejercicio de la acción penal es pública, está enmarcado en varios principios que direccionan su actuar, precautelando de esta manera la seguridad jurídica de los justiciables, asegurando a la par que la investigación sea llevada de una manera correcta para que eventualmente su acusación pueda prosperar y al obtener sentencia condenatoria se establezca la pena correspondiente, se ordene la reparación integral de ser el caso y se restablezca el orden que fue quebrantado, devolviéndole la vigencia a la norma.

La acusación realizada por Fiscalía General del Estado ecuatoriano en el Proceso N° 13283-2020-01071 en contra del Consorcio Pedernales, por el presunto delito de Lavado de Activos, ha sido objeto de cuestionamientos respecto de la objetividad que debe de tener este órgano acusador en el decurso de su intervención tanto en la fase pre procesal como procesal.

Los hechos que se investigaron estaban dotados de relevancia penal, sin embargo, al momento de valorarlos en su integralidad para efectos de realizar un ejercicio de tipicidad y poder sustentar una acusación formal, Fiscalía realiza un dudoso ejercicio de subsunción, dándole un alcance diferente a la norma, esto es, al lavado de activos como tipo penal respecto de los

hechos que habían sido investigados. El contenido típico de un delito debe ser interpretado al tenor literal en base a la mínima intervención penal y legalidad, de igual forma los hechos que se pretende subsumir a una norma, deben de abarcar todos los elementos que la integran de tal manera que pueda existir un correcto encuadramiento típico, pues a falta de uno de ellos, habría una atipicidad, ergo, no habría delito.

La apreciación de los hechos en relación al tipo penal que se acuso es tan compleja que el tribunal al momento de dictar sentencia, determina que de los hechos presentados se depende otro delito completamente diferente por el que acuso Fiscalía.

El presente análisis se enfoca en determinar si Fiscalía General del Estado realizo una debida acusación por el delito de Lavado de Activos en contra de las procesados, observando los elementos que conforman el tipo objetivo en relación a todo el actuado en la fase de investigación previa y como deberá confluir la tipicidad ante la presencia de estos.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

El presente caso inicia por un parte policía remitido el 09 de Marzo del 2020 por el Mayor de Policía y Jefe de la Unidad de Inteligencia Anti delincuencia de Manabí hacia el agente fiscal del cantón Manta, Ab. Paco D, en el cual da noticia sobre organización delictiva conformada por tres personas de las cuales solo se conocían sus alias al momento, más no su identificación real, las mismas que estarían inmersas en supuestas actividades ilícitas contra la eficiencia de la administración publica en diferentes modalidades.

Por esta razón, el Mayor de policía solicita al agente fiscal que de apertura de una investigación previa por el delito de Asociación Ilícita y a su vez solicitó la autorización correspondiente para realizar actos investigativos como entrevistas, vigilancias, seguimientos, manejos de fuentes entre otras, con el fin de recabar datos que permitan establecer si existe o no un actuar delictivo respecto de los sospechosos.

Después de más de 3 meses de realizar tareas investigativas a cargo Unidad de Inteligencia Anti delincuencia de Manabí con la dirección del agente fiscal, una vez que existieran indicios que hagan presumir un actuar delictivo, el 14 de mayo del 2020 el fiscal solicita a los juzgados de los cantones de Pedernales, Portoviejo, Calceta y Bahía de Caraquez las respectivas

órdenes de allanamiento y detención para fines investigativos respecto de 6 personas, mismas que por los actos investigativos ejecutados ya se encuentran individualizadas e identificadas. Las ordenes son autorizadas por los juzgadores y se desplegaron los operativos en los diferentes cantones para ejecutar dichas ordenes, mismo que termina con la detención de los 6 sujetos bajo los cuales pesaban las órdenes de detención y 3 personas en situación de flagrancia.

El 15 de mayo del 2020 se formularon cargos contra los detenidos por el delito de Lavado de Activos, empezando la instrucción fiscal por 90 días, ordenando la prisión preventiva para 7 de los procesados. Durante el transcurso de la instrucción fiscal se vinculan a 4 personas más al proceso.

El 09 de diciembre del 2020 en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la señora Jueza de Garantías Penales de Manabí Ab. María S, dicta sobreseimiento a favor de las 4 personas que fueron vinculadas al proceso en la fase de instrucción fiscal y dicta auto de llamamiento a juicio respecto de 7 procesados por el delito tipificado en el art 317 del COIP.

Remitido a la oficina de sorteos el extracto del auto de llamamiento emitido oralmente y por escrito, correspondiendo al Tribunal de Garantías Penales del cantón Portoviejo, conformado por los señores Jueces Abg. Eriko N (Juez Principal y ponente), Dr. Jose F. (Juez Principal) y Ab. Orlando A (Juez principal) el conocimiento y resolución de la etapa del juicio, órgano judicial que después de cumplir con los requisitos de ley convocó la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento para el día 05 de marzo del 2021, misma que se suspendió en reiteradas ocasiones debido a la cantidad de testigos presentados por las partes y también por motivos de fuerza mayor.

El 26 de abril del 2021, una vez concluida la fase de práctica de pruebas y los alegatos de clausura de todos los sujetos procesales intervinientes en la causa, el Tribunal resolvió la situación jurídica de los procesados. El tribunal por VOTO DE MAYORIA condenó a 3 procesados en calidad de autores directos del delito de Cohecho tipificado en el Art. 282 del COIP y POR UNANIMIDAD ratifico el estado de inocencia de otros 4 procesados, a su vez determino la responsabilidad penal del Consorcio Pedernales y ordeno la disolución del mismo, el pago de multa y reparación integral, acompañado con la declaratoria de interdicción de los bienes de los sentenciados. El voto salvado emitido por el Juez Orlando N considera que existe suficiente actividad probatoria para determinar que, si hubo Lavado de Activos respecto de los

3 sentenciados por Cohecho en el voto de mayoría, así como la responsabilidad del Consorcio Pedernales por el mismo tipo penal.

En la sentencia consta que Fiscalía al comienzo de la etapa de juicio sustenta su acusación en base al delito de Lavado de Activos, de lo cual en su alegato de apertura en lo medular menciona lo siguiente:

“EN CUANTO A LA TEORÍA FÁCTICA EL HECHO PUNTUAL REFIERE O SE ORIGINA CON LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL HOSPITAL BÁSICO DE 30 CAMAS EN PEDERNALES, EL MISMO QUE FUERA PREVIAMENTE PACTADO PARA SU ADJUDICACIÓN ENTRE EX ASAMBLEÍSTAS, FUNCIONARIOS DEL SECOB Y VARIOS DE LOS HOY PROCESADOS, CONTRATO QUE ES ADJUDICADO AL CONSORCIO PEDERNALES MANABI, ESTE CONSORCIO ES CONFORMADO POR 2 PERSONAS NATURALES, SIENDO EL MAYOR ACCIONISTA Y REPRESENTANTE LEGAL DE LA MISMA EL SEÑOR HOY PROCESADO JOSÉ LEONARDO VELIZ SALTOS, PORQUÉ DICE QUE YA SE ENCONTRABA PACTADA DICHA ADJUDICACIÓN? EN EL PROCESO DE LICITACIÓN PARA LA ADJUDICACIÓN DEL REFERIDO CONTRATO, **YA FUERON COHECHADOS Y TENÍA YA UN COMÚN ACUERDO**, TANTO FUNCIONARIOS Y REPRESENTANTES DEL SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS (SECOB), COMO FUNCIONARIOS ASAMBLEÍSTAS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, INCLUSO UTILIZANDO PARA ELLOS, PAGOS YA ENTREGADOS MEDIANTE CHEQUES Y GARANTÍAS DE LA CUENTA DEL BANCO DEL PACÍFICO DEL CONTRATISTA Y ADJUDICADO JOSÉ LEONARDO VELIZ SALTOS. **YA QUE EL MISMO DEBERÍA CUMPLIR PARA QUE LE OTORQUE ESTE CONTRATO ALGUNAS CONDICIONES ENTRE ELLAS QUE SE ENTREGUE A DICHS FUNCIONARIOS EL 12% DEL MONTO TOTAL DEL CONTRATO**, QUE DICHO SEA DE PASO EL MONTO ERA DE USD \$16,429.512, 519, DICHO PORCENTAJE TENÍA QUE SER DISTRIBUIDO DE LA SIGUIENTE MANERA: EL 10% PARA ASAMBLEÍSTAS Y EL 2% RESTANTE ERA PARA PERSONAL DEL SECOB. ES DECIR, ENTRE ESTE 12% DEL TOTAL DE LA OBRA ASCENDERÍA A USD \$ 1.960.000 **QUE DEBERÍAN SER ENTREGADOS EN FORMA DE COHECHO PARA ESTOS FUNCIONARIOS** (...) EL MODUS OPERANDI, POR LO TANTO, DEVIENE DE LA REALIZACIÓN DE VARIAS TRANSACCIONES DE ALTAS SUMAS DE DINERO EN EFECTIVO, ESTO ES, REALIZANDO RETIROS DE LA CUENTA REGISTRADA EN EL CONTRATO Y DESTINADA PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL HOSPITAL BÁSICO DE PEDERNALES (...) PARA POSTERIOR DICHS MONTOS SEAN ALMACENADOS EN UN DOMICILIO UBICADO AL INTERIOR DE LA URBANIZACIÓN LOS ÁLAMOS EN EL CANTÓN PORTOVIEJO, **PARA BENEFICIO DE LOS CABECILLAS DE ESTA TRAMA, ASÍ COMO LA REALIZACIÓN DE TRANSFERENCIAS BANCARIAS Y EL PAGO DE SOBORNOS O DADIVAS A ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO LO SON FUNCIONARIOS DEL SECOB Y PERSONAS CON NEXO POLÍTICO COMO LO SON EX ASAMBLEÍSTAS** (...) EN ESTA AUDIENCIA FISCALÍA, DEMOSTRARÁ QUE, LOS AHORA ACUSADOS ADECUARON SU CONDUCTA EN EL GRADO DE AUTORES DIRECTOS, COAUTOR Y CÓMPLICES RESPECTIVAMENTE DEL TIPO PENAL TIPIFICADO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 317 NUMERAL 3 EN CUANTO A LA PENA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL; CONFIGURÁNDOSE EL LAVADO DE ACTIVOS (...) PROBARÁN ADEMÁS QUE EL SUJETO PASIVO DE LA INFRACCIÓN ES EL ESTADO ECUATORIANO, YA QUE EL DINERO DEL ANTICIPO ENTREGADO A LA COMPAÑÍA CONSORCIO PEDERNALES MANABÍ FUE DESIGNADO PARA LA

CONSTRUCCIÓN DEL HOSPITAL Y QUE LOS CONTRATADOS NO REALIZARON Y QUE POR EL CONTRARIO **SE BENEFICIARON Y REPARTIERON EL DINERO A FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR COMO SON LOS EX ASAMBLEÍSTAS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE LA SECOB**”

Fiscalía desde el comienzo de su alegato deja sentado que en los hechos materia de juzgamiento hay un delito bastante claro: el cohecho. Hace mención en reiteradas ocasiones que la adjudicación del contrato para la construcción del Hospital se dio condicionado a un pago –léase coima- hacia funcionarios públicos a cambio de su adjudicación; pago que debía salir del 50% del anticipo inicial que se entregaría por la obra.

De igual manera, al ser dinero del Estado, que proviene específicamente del Ministerio de Finanzas y que fue depositado a las cuentas del consorcio, mismo que fue retirado mediante diversas transacciones con el fin de recolectarlo y distribuirlo a manera de coima a los funcionarios públicos con quienes se había pactado de manera previa la adjudicación de la obra. Los actos ejecutados a manera de *modus operandi*, es decir, las transacciones financieras, el cobro de diversos cheques por altas sumas de dinero, el transporte, almacenamiento y distribución del dinero, siempre estuvo encaminado al pago de coimas con el anticipo de la obra, es decir se mantuvo dentro de la esfera del cohecho.

Cuando menciona que el sujeto pasivo de la infracción es el Estado Ecuatoriano, tácitamente da a entender que existe una situación de cohecho; puesto que si se tratara de lavado de activos como pretendieron acusar, el sujeto pasivo de la infracción sería el sistema socio económico, en razón del bien jurídico tutelado en este tipo de delitos es el orden socio económico, donde se denota una contradicción bastante notoria.

Las defensas coinciden en varios puntos dentro de sus alegatos, como que los dineros no tienen procedencia ilícita puesto que fueron entregados por el Estado en razón de la construcción de un Hospital en Pedernales, mismo que fueron depositados por el Ministerio de Finanzas a la cuenta del consorcio. Que la causa seguida en Corte Nacional de Justicia por Delincuencia Organizada contiene los mismos hechos, la misma investigación y es sobre los mismos procesados, ergo, existiría la prohibición de doble juzgamiento o *non bis in ídem*.

También ponen en manifiesto que Fiscalía no actuó con objetividad al momento de acusar, inobservando los elementos de descargo de la investigación y lo que había sucedido respecto al procedimiento abreviado y sobreseimientos en la causa de Delincuencia Organizada, y que

la misma falta de objetividad acarrea la violación al principio de imputación necesaria, puesto que nunca se especificó de manera concreta como los hechos se encuadraban milimétricamente a los verbos rectores del lavado de activos y al resto de circunstancias que componen el tipo penal, estableciendo así una acusación ambigua y diáfana que soslayaría el derecho a la defensa de los procesados causando inseguridad jurídica paralelamente; y finalmente que existía ausencia en la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal Lavado de activos tipificado en el Art. 317 del COIP.

Del acervo probatorio que se practicó en la audiencia de juicio en su momento procesal oportuno, se encontraron 7 elementos que fueron relevantes y consideró el tribunal para determinar la existencia de del delito y la responsabilidad de los procesados

Los hechos que se dan a conocer de todos estos medios probatorios son, que el dinero objeto de la infracción proviene de una fuente lícita, es decir de la adjudicación de una obra civil respecto de la construcción de un Hospital de 30 camas en Pedernales. La misma adjudicación de la obra se da tras la condición de entregar el 12% de l valor total de la obra como coimas para assembleístas y funcionarios del SERCOB una vez que se haya entregado el anticipo de la obra, valor que una vez que fue depositado, se empezó a dar las transacciones que se basaron en cobros de cheques y transferencias bancarias con el fin de recolectar el dinero físico y repartirlo conforme se había pactado los porcentajes que le tocaría a cada funcionarios según el acuerdo previo.

De igual forma se desprende que los sentenciados actuaron consiente y voluntariamente en este acto, puesto que las conversaciones y reuniones que mantuvieron fueron al marco de la planificación y ejecución de la entrega de coimas a los funcionarios en razón de la adjudicación de la obra, había un acuerdo mancomunado y repartición de roles específicos entre los cabecillas de la trama, usando a la vez a terceras personas, es decir, el resto de procesados, que no tenían nada que ver en el acuerdo ilegítimo para que cobren cheques y obtener el dinero en efectivo.

Evacuados todos los medios probatorios, Fiscalía en su alegato final se pudo determinar no hay duda alguna que los procesados en el presente caso de manera sistémica y organizada con sus conductas si “utilizaron, resguardaron, entregaron, transportaron, prestaron su nombre y el de una empresa” que menciona fiscalía, pero fue respecto del manejo y entrega de dinero en la esfera del delito de Cohecho, ya que todos los hechos que se probaron en audiencia

se tratan sobre una estructura organizada encaminada a pagar coimas en virtud de ser favorecidos con la adjudicación de un contrato de construcción, mismo que Fiscalía lo señala de una manera muy literal que existió “el pago de sobornos o dadas de altos funcionarios públicos” e incluso el mismo órgano acusador la da por probada.

Con respecto de la participación de los procesados en los hechos alegados y probados que se les imputan, Fiscalía en lo medular se pudo observar en la sentencia que claramente se evidencia que quienes cumple un rol principal y determinante en la comisión del hecho delictivo son los señores José V, Franklin C y Jean B, pues conocían que la obra fue adjudicada con la condición de entregar coimas a funcionarios públicos, puesto que así lo concibieron desde un comienzo cuando se da la oferta y negociación de la misma, teniendo como hecho previo las indicaciones dadas por los asambleístas al respecto del caso.

Así también, ellos fueron los que estuvieron inmersos en la autorización de cheques, los contactos con el banco para que den las facilidades de realizar los retiros, quienes recaudan el dinero para en lo posterior entregarlos a los beneficiarios de los sobornos, es decir los ex asambleístas y funcionarios del SERCOB, valiéndose de la ayuda de Jose S, Miguel G, Jose P y Danilo V, quienes no tenían conocimiento del antecedente delictivo que estaba tras el cobro de los cheques que estos efectuaron, siendo el cobro de estos títulos una conducta neutra por no ser nada ilícito o ilegal ir a una institución bancaria a cobrar un cheque, también cabe destacar que entre ellos no se conocían, recién se conocen el día de la detención.

Es importante señalar que Miguel G cobra los cheques en virtud de realizar un favor a Jean B que era su vecino y Danilo V cambio cheques que tenían como fin pagar deudas respecto de otras obras con dinero que no tenían nada que ver con los valores respecto del anticipo de la obra del hospital de Pedernales, sin perjuicio que lo hace en relación de subordinación de su jefe y hermano con quien mantenía una relación de dependencia laboral desde el año 2019.

La defensa argumenta esgrimidos en donde coinciden en que los hechos que se han juzgados podrían constituir un acto delictivo, pero no el que acusa fiscalía por no haber la debida concurrencia de los elementos objetivos que se requieren para la tipicidad del lavado de activos. Los dineros que fueron objeto de diversas transacciones en este hecho son de origen lícito, pues provienen de las arcas del Estado y fueron entregados como anticipo de una obra, siendo así, que bajo esta lógica no se podría configurar jamás un blanqueo de capitales debido a que los orígenes ilícitos de los activos constituyen la base sobre la cual se

construyen el tipo penal, habiendo ausencia de este requisito sine qua non, la atipicidad se torna bastante notoria.

El tribunal una vez escuchadas las partes procesales y practicados los medios de prueba concluye que, si existe materialidad de un delito, pero que no se trata del delito que acusa Fiscalía, es decir el tipificado en el Art. 317 del COIP que es Lavado de activos. Se considera que los hechos probados en el juicio están que se adjudicó la obra del hospital de Pedernales y que del dinero del anticipo se entregó el 12% a ex asambleístas y funcionarios del SERCOB, mismo que se llevó a cabo por José Veliz, Franklin Calderón y Jean Benavides.

Los elementos practicados en toda la etapa de juicio no dejan menor duda que hay un delito de Cohecho en vista que se entregaron coimas a cambio de la adjudicación del contrato, de lo cual no se probó fehacientemente el lavado de activos propuesto por Fiscalía, ya que el dinero proviene del anticipo de la obra del Hospital. El tribunal explica que por la regla de interpretación literal que se le debe dar al tipo penal, se debe de cumplir con el "origen ilícito" que prevé el Art. 317, que en el caso que nos ocupa, no existe. Hay Cohecho debido a que se verifico de los recaudos probatorios una acción de carácter bilateral: sobornar y ser sobornado.

El bien jurídico afectado en el presente caso a decir del Tribunal es el correcto funcionamiento de la Administración pública, lo que conlleva que el sujeto pasivo de la infracción es el Estado ecuatoriano. Todos los elementos dejan claro que en el caso hubo cohecho perpetrado por contratistas y funcionarios públicos, tanto de la Asamblea como del SERCOB.

El tribunal respecto del cambio de tipo penal que ellos aplican en la sentencia de manera acertada detecta que en los hechos que les fueron presentados para su juzgamiento hay un Cohecho, de eso no cabe duda en base a los acontecimientos y pruebas evacuadas, sin embargo, considero que si se rompe el principio de congruencia entre la sentencia y la acusación, puesto que se debió ratificar el estado de inocencia cuando Fiscalía no logra probar el delito por el que acusa, y hay una extralimitación del tribunal al punir los hechos sin que en la base acusatoria conste el delito por el que condenan, sin embargo no se analizara más a fondo esto porque supera los límites que le compete a este estudio de caso *per se*.

También se logra evidenciar una inconsistencia que incurre el tribunal puesto que el bien jurídico afectado que proponía Fiscalía en su alegato inicial era el sistema socio económico y financiero del estado, y el tribunal termina condenando por la afectación al correcto

funcionamiento de la administración pública, bienes jurídicos completamente diferentes que responden a naturalezas de tipos penales completamente distintos como lo son el Lavado de Activos y el Cohecho.

Se ratifica el estado de inocencia de José P, José S, Miguel G y Daniel V ya que el tribunal considero que las conductas de estos se encuadran a la teoría de los roles, que no se conocían sino hasta el día que se efectúa la detención de todos por lo tanto no pertenecían a la organización, de la misma manera no se pudo verificar que hayan sido beneficiados por lo dinero públicos pertenecientes al anticipo de la obra, su participación es circunstancial y no determinante para los fines de los sobornos que hubieron de por medio.

Los medios probatorios practicados que van desde los informes financieros, los actos de vigilancia y seguimientos, las declaraciones de los policías son concordantes con el testimonio anticipado de José V en calidad de cooperador eficaz al determinar el rol que ellos cumplieron en toda la trama relativa a los cambios de cheques, concluyendo que sus conductas no son penalmente relevantes en el caso que nos ocupa. Danilo además actuaba bajo relación de dependencia en razón de la subordinación que existía de por medio con su hermano, verificándose a la vez que ninguno de los cheques que el cobró correspondía al dinero del anticipo del Hospital de Pedernales.

Al respecto del voto salvado emitido por el Juez Orlando N donde el considera que de los hechos si se desprende que hay un lavado de activos por parte de los 3 sentenciados, encontramos en su criterio se sustenta que Respecto de José V hay que señalar los cinco millones que fueron entregados como pólizas a una institución financiera no pueden constituir lavado de activos, debido a que este dinero no es el objeto material del delito en sí, hay que tener en consideración que si bien la obra fue adjudicada mediante una negociación de la cual nace un esquema de sobornos, dicho sobornos solo contemplaban el 12% del total del anticipo, estando así entonces el monto que se entrega en calidad de póliza fuera de lo que se considera el objeto material del delito, pues constituye el dinero que normalmente debía ser destinado para la construcción del Hospital, debiendo tener en cuenta que Veliz era el contratista y él podría manejar el dinero de la manera que mejor le pareciera en relación a cómo iba a ejecutar la obra, sin perjuicio de que haya existido o no una trama de sobornos de por medio.

Siendo así que el dinero que el guarda como póliza no es un dinero de origen ilícito, puesto que jamás se le pretendió dar una apariencia de legalidad, si no bien fue guardado de esa manera para que generen intereses que pudiera suplir los valores que se entregaron como coima.

Analizando el contexto bajo el cual se pretende establecer que Jean Benavides incurre en el verbo “tener” y “transportar” del Art. 317 por haber sido detenido con cuarenta mil dólares en su poder, y también por encontrar en su domicilio cerca de seiscientos mil dólares, es otorgarle una connotación diferente al tipo penal e ignorar en si la esfera que tiene el delito de cohecho. Hay que considerar en este caso en específico que el dinero encontrado era el proveniente de los sobornos, pero Jean en el proceso no consta como beneficiario del mismo, si no que como se comprobó a través de los testimonios él era el encargado de repartirlo a varios funcionarios públicos.

Entonces resulta lógico que para entregar dichos sobornos debió haberlo tenido en su poder, tal cual sucedió en el presente caso tanto en su detención como en el allanamiento de su casa, tomando en consideración que también se comprobó que no se logró realizar el pago de todos los sobornos tal cual estaban planificados debido a la intervención policial oportuna. Teniendo así que el delito de cohecho no se agotó respecto de Jean, sino que, al contrario, no se terminó de consumar en relación a varios sobornos que quedaron pendiente, por llamarlo de alguna manera.

El caso de Franklin C se torna un poco más completo, pues, aunque él no obre como beneficiario respecto de todo el esquema de sobornos que se llevó al cabo a raíz de la adjudicación de la obra del Hospital de Pedernales, el sí realizó varias transacciones financieras con el dinero que era parte del anticipo, tales como varios movimientos bancarios los cuales les dio una apariencia que no tenían, llegando incluso a comprar un automóvil valiéndose del nombre de su suegra.

Podría establecerse que este último es el único de todos los procesados que sí realizó comportamiento que podría encuadrarse en un lavado de activos a criterio del juzgador que emite el voto salvado, pues el mismo señala que en el voto de mayoría se obviaron varios elementos inherentes a Calderón de los cuales si se podrían estar frente a una conducta destinada a dar apariencia de legalidad e integración de dinero ilícito al flujo económico legal.

Generalidades

Con relación al caso presentado se puede interpretar que derecho Penal como bien manifiesta Rodríguez (2020) “es tutelar formalmente los valores fundamentales ante los ataques humanos más graves e intolerables para la vida comunitaria, para finalmente cumplir su rol material: reprimir su vulneración”. Entendiendo entonces que la tutela formal que recae sobre estos valores fundamentales –bienes jurídicos protegidos- se da mediante el establecimiento de normas penales y su respectiva consecuencia jurídica –*ius poenalle*- la misma que posteriormente puede ser aplicada cuando el Estado ejerce el poder punitivo respecto de quien ha vulnerado o puesto en peligro un bien jurídico revestido de tutela penal –*ius puniendi*-.

El *ius puniendi* es el único tipo de violencia que se encuentra legitimada para ser ejercida exclusivamente por el Estado, y esta encuentra su fundamento en la sociedad misma, pues, en palabras de Beccaria (2019) “fue la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquélla solo que baste a mover los hombres para que le defiendan, entendiéndose así, que la suma de todas estas libertades que han sido cedida por el ciudadano para con el soberano, es aquella que otorga la potestad de reprimir aquellas conductas humanas que afectan o ponen en riesgo a la sociedad per se, legitimando de esta manera la privación de derechos individuales bajo el sometimiento del imperio de la ley.

Entonces, el Derecho Penal según Vaello (2006) permite la regulación jurídico-positiva que ofrece en aras de garantizar la seguridad jurídica, observando a la par que el principio de legalidad constituye la base bajo la cual se ha construido históricamente el derecho penal moderno, sin dejar a un lado que este, al ser una rama del derecho público, debe regirse solo por lo señalado en la ley.

Principio de legalidad

Con respecto a este principio se sustenta en la vieja locución latina “*nulla crime nulla poena sine laega pravia*” acuñada por Von Feuerbach, puesto que la función principal del mismo, de manera metafórica, sería ser una especie de muro de contención en el ejercicio del *ius*

puniendi por parte de Estado. Por lo que la legalidad es un medio de protección que posee cada ciudadano con relación al derecho penal, con este principio se busca evitar sentencias arbitrarias dentro de la ley de forma imprecisa o retroactiva (Rodríguez, 2020).

Mezguer citado por Polaino Navarrete (2013) sostiene que el principio de legalidad es un “*palladium* de libertad ciudadana” y por ello es el principio que en la cultura jurídica ecuatoriana puede proporcionar una garantía absoluta en la administración de justicia. La garantía del principio de legalidad respecto del ejercicio punitivo está caracterizada porque le prohíbe al Estado poder reprimir a un ciudadano por una conducta que al momento de su comisión no se encuentre establecida en el ordenamiento jurídico de manera previa, clara y escrita, también limita un actuar desproporcionado al momento de imponer una pena, evitando que no sea excesiva pero que tampoco este por debajo de los parámetros ya establecidos por quienes legislaron las figuras delictivas. Por ello, la importancia del principio de legalidad está en que permite al Estado actuar en debida forma, respetando las garantías básicas de todo ciudadano y de paso, asegurando que su actuar sea legítimo, para así poder llegar al fin mismo del derecho penal: reprimir conductas penalmente relevantes y devolver la paz social, reafirmando el contrato social mediante un ejercicio punitivo que es de ultima ratio.

La composición de todo tipo penal debe estar basada en dicha fórmula, puesto que al haber una descripción clara de una determinada conducta y a la par, la consecuencia jurídica que acarrea la misma –pena- estaríamos frente a una figura delictiva que surtiría efectos reales si eventualmente hubiera tipicidad, es decir, quien incurre en la conducta es acreedor a la pena que esta ha previsto para el tipo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que este binomio que conforma el tipo penal siempre debe de tener una consecuencia jurídica detallada de manera textual, puesto que si no la hay, o se sanciona algo pero no se dice de qué manera, estaríamos frente a una mera recomendación que no sería realizable bajo ningún concepto, puesto que afectaría al principio de legalidad en *stricto sensu* (Polaino, 2013), quedando la letra de la ley en un limbo normativo que no podría materializarse eventualmente, perdiendo real vigencia la norma y creando inseguridad jurídica.

Principio de mínima intervención penal

El poder punitivo estatal está sujeto a ciertos límites que restringen su actuar y evitan la punición en exceso e innecesaria que podría suceder en supuestos casos, uno de estos límites lo constituyen el principio de mínima intervención penal o ultima ratio. La intervención penal a pesar de estar legitimada, solo se debe recurrir a ella cuando se han agotado todos los mecanismos de tutela extrapenal, o sea, cuando el resto de las ramas del derecho han resultado defectuosas en la protección de bienes jurídicos, esta tutela insuficiente es la ratio por la cual entra a actuar el Derecho Penal como última opción del ordenamiento jurídico.

De ahí, que Cañar Romero (2010) expresa: “el derecho penal no puede ser tenido como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente solucionables por medio de otras ramas del ordenamiento jurídico”.

Es decir que el derecho en todas sus ramas procura la protección de aquellos bienes jurídicos más importantes dentro de un Estado, razón por la cual la violencia que ejerce el derecho penal al reprimir conductas lesivas o peligrosas debe de constituir la elección final a la cual se apela cuando otros mecanismos resultan ineficientes, todo ello por ser esta rama del derecho una pesada herramienta que priva o condiciona el goce de derechos fundamentales y limita la libertad.

Silva Sánchez citado por Garcia (2019) manifiesta que “las sanciones penales no son un instrumento de control más, pues debido a las gravosas consecuencias derivadas de su aplicación constituyen una respuesta especialmente problemática para los ciudadanos y la sociedad”. Así, Roxin citado en Garcia ob cit. menciona “por ello, el Estado no sólo tiene la obligación de proteger a la sociedad con el Derecho penal, creando delitos e imponiendo penas, sino también del Derecho penal, no recurriendo a las penas en casos innecesarios”.

La mínima intervención penal al ser un principio limitador del *ius puniendi*, se pudo observar en un plano forma de índole legislativo en el caso presentado, pues opera como criterio orientador de la política criminal cuando se crean normas que son redactadas de tal forma que solo conmina con sanciones penales aquellas conductas que resulten desestabilizadoras para el orden social y jurídico vigente, evitando así una expansión innecesaria del Derecho Penal; también opera en un aspecto material en el ámbito judicial, al momento en que los jueces al ser garantistas de derechos, deben de aplicar la norma penal en un sentido restrictivo a efectos

de punición (lo que no quiere decir que existirá impunidad) minimizando en lo que sea posible la violencia penal contra el procesado, teniendo en cuenta todo lo actuado a nivel procesal, vinculándolo con las garantías del debido proceso.

Un claro ejemplo de esto es cuando se ordenan medidas cautelares distintas a la prisión preventiva con el fin de arraigar a una persona a un proceso, puesto que la presunción de inocencia y la intervención penal mínima legitiman que esta sea una decisión acorde al garantismo penal. Por ello resulta lógico cuando Mir Puig (2008) hacía énfasis en que el Derecho penal no constituye una herramienta necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán siempre preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales.

La Constitución del Ecuador del 2008 al reconocer este principio de manera expresa respecto de las funciones que ejercerá Fiscalía General del Estado a nivel pre procesal y procesal dentro del sistema de administración de justicia, para ello se tiene claro el reconocimiento del garantismo penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde su carta magna, a la par, el Código Orgánico Integral Penal (2014) lo consagra como un principio general, el mismo que versa de la siguiente manera al tenor del Art. 3 ibídem: “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

De la mínima intervención penal se derivan dos principios que se interrelacionan directamente. El primero es la subsidiaridad, siendo el Derecho Penal una rama que actúa como “plan b” cuando la tutela extrapenal llevada al cabo por otros sectores del ordenamiento jurídico no bastó para la tutela de intereses que son socialmente relevantes. Mir Puig (2008) explica al respecto que, para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social (Código Orgánico Integral Penal 2014).

El segundo es la fragmentariedad, que se constituye bajo la premisa de que el Derecho Penal solo interviene respecto de un fragmento de conductas que resultan dañosas o peligrosas para los bienes jurídicos revestidos de protección penal, bajo la lógica de que existen conductas antijurídicas pero que pueden ser subsanadas por otros medios menos lesivos. Muñoz Conde y

García Aran (2010) al respecto señalan que el derecho penal está solamente limitado a castigar las acciones que son graves en concordancia con los bienes jurídicos relevantes.

Polaino (2013) señala que la intervención penal no puede ser mínima, puesto que esta debe ser solo necesaria, sin embargo, considero que la minimización que se le pretende dar al *ius puniendi* entraña en sí mismo un sentido intrínseco de necesidad de intervención penal, siendo así, que esta constituye un esbozo de su aplicación en ultima ratio atendiendo siempre a la naturaleza jurídica de los principios de subsidiaridad y fragmentariedad como medulares de la intervención mínima.

Principio de objetividad

El Estado y su derecho subjetivo a penar -*ius puniendi*- lo ejercer a través de la fiscalía general del Estado, entendido como el órgano único encargado de la persecución penal de conductas consideradas lesivas, misma prerrogativa monopólica que nace de la Constitución y la Ley. Respecto del proceso penal, este se encuentra estructurado bajo una serie de principios que lo dota de contenido y fundamenta su naturaleza jurídica; sin embargo, hay un principio que constituye el norte bajo el que la Fiscalía deberá actuar, tanto en la etapa procesal como en la pre-procesal, que es la objetividad.

Además, Vaca (2020) menciona que el trabajo del fiscal es velar por la correcta aplicación de la ley respetando el derecho que tienen las personas, por ende, este no puede ser subjetivo a través de emisión de prejuicios y en ideas preconcebidas. Esta objetividad implica que conforme se realiza una investigación, se deben recoger toda clase de indicios e información que bien pueden servir para estructurar una acusación, es decir, elementos de cargo; pero a su vez también elementos de descargo, que son aquellos que atenúan o eximen cualquier tipo de responsabilidad del investigado o procesado en relación con los hechos que se investigan.

Teoría del delito

Al hablar del delito es importante darle dos principales connotaciones; la primera, una fenomenológica, radicada en entender al delito como un fenómeno fáctico que sucedió en el mundo real, es decir, que es constatable; la segunda, de índole jurídica, viendo al delito

como una abstracción que se compone por una conducta típica, antijurídica y culpable que es sancionada con una pena. Por ello, Polaino (2013) señala al delito como un presupuesto conceptual destinado a fundamentar jurídicamente la sanción penal (de la pena), por lo que es necesario comprender que la pena se plantea como la legítima consecuencia jurídica del delito, estableciendo la sanción punitiva se será impuesta a consecuencia del acto delictivo bajo la estructura categórica dogmática como lo es la Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad.

Finalmente, ya determinada la conducta que ha podido subsumirse en el tipo y que es antijurídica porque pone en riesgo o atenta contra bienes jurídicos, entramos al cuadrante de la culpabilidad. Respecto de la culpabilidad, aquí debemos de constatar que el sujeto que es plenamente imputable, es decir que esté en sus plenas facultades psíquicas cuando realice la conducta y que actuó con el conocimiento de la antijuricidad del hecho, o sea, que se su actuar lo ejecuto comprendiendo la norma que quebrantaba.

De esta manera, una vez que se han superado las tres categorías dogmáticas se puede hablar que una conducta es delito, siendo así susceptible de punición, es decir, de recibir una conminación penal que ha sido previsto en la ley.

Tipicidad

La tipicidad la encontramos en el COIP en su Art.25, la cual expresa: “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” de lo cual se puede extraer que dicha descripción abarcada en un tipo penal, debe darse de manera fáctica a través la conducta de una persona para que pueda efectuarse el juicio de subsunción, que no es más que la adecuación de un hecho para con la norma, y si esta adecuación calza de manera correcta en relación a todos los elementos que la integran estamos frente una conducta típica. En esta categoría dogmática encontramos la Tipicidad Objetiva y la Tipicidad Subjetiva, también denominada Tipicidad Dual. Complementado en García (2019) quien menciona que la tipicidad objetiva se encarga de determinar fundamentalmente la incidencia social de la conducta en términos de infracción de un rol jurídicamente atribuido; mientras que la tipicidad subjetiva está referida a la vinculación subjetiva del autor con la infracción del rol bajo la forma de dolo o culpa.

Si el tipo está constituido sin un bien al cual brindar tutela, tenemos que su estructura no es funcional, puesto que uno de los fines que pretende es brindar cierta protección de índole subsidiaria y fragmentaria a estos valores que prevalecen en la sociedad y en base a dicho valor que estos emanan para la convivencia social, el legislador se ha visto en la necesidad de darles tutela, tutela penal. Zamora Jiménez citado por Rodríguez Moreno (2020) expresa que: “el bien jurídico de protección del Derecho Penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de un tercero y por lo mismo, quien lo vulnere, debe ser sancionado”.

Dado que el Derecho penal sanciona la conducta de una persona que perjudica a otra, el tipo penal debe precisar en primer lugar quienes son los sujetos del delito (García Cervero, 2019). La definición y distinción de estos sujetos es sencilla, tenemos que el sujeto activo es el agente que de manera consciente y voluntaria mediante su conducta –acción u omisión- incurre en los elementos constitutivos del tipo, ya sea una persona natural o jurídica; de la misma forma según el grado o rol participativo que tenga en la comisión del ilícito, se determinará si es autor o cómplice, también según la naturaleza del delito, el sujeto será común (indeterminado) o especial (determinado); el sujeto pasivo por su parte, es la persona sobre quien recae la afectación del delito y a quien el bien jurídico se ha lesionado o amenazado con la exteriorización de voluntad a través de la conducta del sujeto activo.

Es importante acotar que el sujeto pasivo no siempre será una persona natural, si no que podría ser una persona jurídica como una determinada compañía o sociedad, o hasta el mismo Estado como ente jurídico, cuando se tratan de delitos contra la administración pública por ejemplo (Zamora Jiménez citado por Rodríguez, 2020). El verbo rector o verbo nuclear, es todo verbo contenido dentro del tipo, el cual crea la conexión entre el sujeto activo y los elementos objetivos del delito, para que una vez que hayan concurrido los tres de manera simultánea, se configure la tipicidad.

Los elementos descriptivos según Mir (2008) son los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos, mientras que los elementos normativos según este mismo autor citando a Mezguer, son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.

De esta manera, cuando una persona (sujeto activo) de manera consciente y voluntaria ejecuta una conducta (verbo rector) en la que deben de concurrir determinadas circunstancias establecidas en la norma (elementos descriptivos y normativos) en contra de otra (sujeto pasivo) y lesione un bien jurídico protegido, estamos ante un hecho típico.

Lavado de activos

En todo el acervo de figuras delictivas correspondientes a los Delitos Económicos, se establece que el lavado de activos o blanqueo de capitales ha sido un tipo poco convencional, pues su construcción tipológica ha ido evolucionando desde su génesis y adecuándose cada vez más a la realidad social en la que se encuentra, que por su propia naturaleza es considerado como una forma moderna de crimen organizado (Chajan et al, 2018). Bassouini citado por Abel Souto (2001) en su tesis doctoral, manifiesta que el blanqueo de capitales no pasa por ser una rémora más de la comunidad internacional, sino que los enormes beneficios que generan el tráfico de drogas, el crimen organizado y otros delitos graves han convertido a la prevención y represión del blanqueo en “una de las principales cuestiones de la política criminal en los últimos años”.

El jurista ecuatoriano Zambrano (2010) indica que el lavado de activos se constituye por las distintas conductas realizadas por las organizaciones criminales o sujetos delincuentes, con la finalidad de colocar, convertir, ocultar, transformar, etc., las ganancias o activos que se han obtenido con prácticas ilícitas, para pretender legitimarlas ingresándolas a la actividad financiera o económica lícita de un país o de una comunidad. De la misma manera, Chajan et al., (2018) señalan que: “El lavado de activos se configura con la comisión de actos o procedimientos que buscan dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito.”

El dinero que proviene de actividades ilícitas, comúnmente de las actividades que se cometen desde el crimen organizado que como sicariato, tráfico de personas, secuestro, terrorismo, narcotráfico, entre otros, es aquel rédito económico que se le pretende dar una falsa apariencia de legalidad y legitimidad, ingresándolo al flujo económico y financiero de uno o más países, mediante técnicas que simulan dar falsas apariencias de movimiento de dinero, consiguiendo así filtrarlo una y otra vez, logrando su cometido final, que es blanquear dinero de origen ilícito en el sistema financiero sin que sea detectado.

El crimen organizado ha alcanzado latitudes supranacionales, los esfuerzos de los gobiernos por combatir este fenómeno los ha llevado a suscribir acuerdos y tratados internacionales que tiene como fin dismantelar y erradicar toda forma de criminalidad organizada. Tal es así que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) reconoce la necesidad de combatir el lavado de activos por las adversas repercusiones económicas y sociales que causan a la sociedad y, además establece la obligación de los Estados parte de tipificar en sus legislaciones penales el lavado de activos como delito autónomo.

El lavado de activos se encuentra tipificado en el Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal en la sección Octava referente a los Delitos Económicos. Su construcción tipológica es bastante amplia, teniendo 24 verbos rectores que se distribuyen en las diferentes modalidades que se puede configurar este delito, siendo así estos los elementos descriptivos y valorativos que deben concurrir a la hora de una eventual tipicidad. Los verbos son “Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie en el numeral 1; “oculte, disimule o impida en el numeral 2; “preste” en el numeral 3; “organice, gestione, asesore, participe o financie” en el numeral 4; “realice” en el numeral 5 e “ingresos o egrese” en el numeral 6.

El sujeto activo en este delito es indeterminado o común, es decir que puede ser cometido por cualquier persona sin que ostente una calidad especial; siendo a la vez que puede ser la misma persona que ejecuto el delito precedente que origina los activos ilícitos, ante lo cual estaríamos ante un “auto lavado” como lo define la doctrina, o bien se puede tratar de un tercero que ejecute la conducta. Sin embargo, el sujeto activo se torna en determinado o especial, cuando sea la persona que lo realice sea parte de las instituciones financieras o de seguros, ante lo cual esta calidad especial serviría para efecto de imponer la pena agravada según el tipo calificado.

La determinación concreta del bien jurídico protegido en este delito ha sido objeto de múltiples debates; la variación del bien que se afecta se da en base a la calidad pluriofensiva que se ha otorgado al lavado de activos, pero según la estructura del COIP, el bien jurídico tutelado en este delito sería el orden socio económico, ergo, el sujeto pasivo sobre el que recae la infracción se trataría del sistema socioeconómico nacional e internacional.

La autonomía del lavado de activos pone en énfasis que los activos que serán objeto de lavado tienen que estar fuera del delito que los originó, es decir que el delito previo se

encuentre ejecutado en su totalidad, donde se lo denominaría delito consumado (agotado); de esta manera los activos que este delito previo ha generado, al ser utilizados por una persona en cualquiera de las modalidades previstas en el Art. 317 del COIP, estaríamos frente a un blanqueo de capitales.

El carácter autónomo del lavado de activos ha sido uno de los constantes dilemas que giran en torno al desarrollo normativo y preventivo del mismo. Si bien parte de una conducta subyacente, este delito no puede juzgarse como parte de aquella, debido que el bien jurídico protegido no siempre coincide, es decir, el delito fuente persigue una finalidad distinta al lavado de activos (Gutiérrez Chávez, 2019). Un ejemplo muy simple sería cuando A obtiene determinada suma de dinero por traficar drogas, posteriormente, este realiza una serie de operaciones financieras con el fin de darles apariencia de legitimidad configurándose así un lavado de activos; de esta manera, se puede concluir que, aunque ambas acciones son ejecutadas por el mismo sujeto, el delito fuente afecta la salud pública, mientras que el lavado de activos al orden socioeconómico.

La autonomía sustantiva de la cual goza el lavado de activos se encuentra supeditada al delito precedente y la esfera de éste, con el fin de establecer una plena distinción de los momentos en que se ejecutan y terminan de consumir cada tipo penal en el tracto sucesivo de su comisión. El delito precedente o delito previo, es la actividad delictiva ex ante al lavado de activos que genera ganancias que pretenden sean blanqueadas u objeto de lavado. La ilicitud de estos activos que devienen del delito precedente constituye uno de los elementos objetivos del tipo que debe de existir para poder determinar que ha empezado un lavado de activos como conducta autónoma. En donde Galeas (2018) explica que los activos de origen ilícito se configuran como delito, "siempre que encuentre fuera del tipo de delito que los produjo o no constituya su resultado, por ejemplo, mediante el delito de estafa el sujeto activo obtiene una considerable suma de activos, en posesión de los cuales se lo aprehende" (s/p).

Bajo esta lógica, el mismo autor afirma que al ser el lavado de activos un delito autónomo, los activos no deben de encontrarse dentro del tipo penal que incrimina el delito que los produjo, sino que se requiere de la realización de una conducta ilícita autónoma que sitúa a los activos fuera del tipo penal del delito antecedente, por lo tanto, hablamos de momentos delictuales separados tanto a nivel espacial como temporal; pues necesitamos que se haya agotado el delito fuente en su totalidad, para que una vez fuera de esta esfera se realicen

los actos tendientes a blanquear activos, teniendo dos conductas autónomas, pero que la segunda depende de la primera, debido que sin delito precedente, no habría activos que sean susceptibles de lavado. Así Banchón y Suqui (2020) manifiestan que, “de modo crítico, se puede establecer que, dentro del actuar lógico del delincuente, luego de generar un ingreso proveniente de actividades ilícitas, busque asegurar su goce o disfrute, siendo por tanto una continuación inherente al delito previo”.

La autonomía procesal del lavado de activos radica principalmente en que no debe existir como requisito de prejudicialidad una condena ejecutoriada que recaiga sobre el delito previo que origina las ganancias ilícitas para que se pueda empezar a investigar o procesar un lavado de activos. Abarca Galeas (2018) sostiene la idea de que la presunción de licitud de los activos solo puede destruirse con la presentación de sentencia penal condenatoria ejecutoriada del delito subyacente; mientras que Calisaya Rojas (2018) sostiene que el lavado de activos debe de probar con prueba suficiente, sea directa o indiciaria que el patrimonio que posee es de origen criminal.

A MANERA DE CIERRE

En el presente caso la fiscalía no actuó de manera objetiva relacionando los hechos que fueron investigados y todos los indicios recabados en la indagación previa, puesto que al momento de formalizar su acusación lo hace por el Art. 317 del COIP que contempla el Lavado de Activos, sin embargo, esta acusación no abarcaba todos los elementos que requiere el tipo para su configuración típica, otorgándole otra connotación sin tener él cuenta el tenor literal de la norma respecto del principio de legalidad y no siendo objetivos al valorar de manera cuestionable los hechos presuntamente delictivos.

La tipicidad como primer filtro que supone la teoría del delito, exige que los hechos sean milimétricamente subsumibles al tipo penal, cuestión que en el presente caso no existió debido a que los activos objeto de la investigación no tenían una procedencia ilícita por encontrarse aun en la esfera delictiva de otro tipo penal, es decir del delito previo que es el cohecho, mismo delito por el cual el tribunal termina sentenciando, debido a que los hechos que imputó fiscalía a título de lavado de activos, realmente correspondían a un trama de sobornos que se origina

para beneficiarse con la adjudicación de una obra pública y consecuentemente con el dinero de la misma para funcionarios públicos a manera de coimas.

La complejidad del lavado de activos como figura delictiva obliga a los funcionarios encargados de su persecución penal a poder separarlos de manera objetiva y con estricto rigor técnico de los delitos que le anteceden debido al carácter autónomo que este posee, de aquí la importancia de delimitar la procedencia ilícita de los activos que se pretenden sean lavados porque este elemento es el núcleo del tipo penal y sin el mismo no podríamos hablar de una conducta típica, ergo, no habría delito alguno.

La autonomía que tiene este delito obliga a instituir una plena distinción de lo que es el delito precedente o previo y el lavado de activos como tipo penal autónomo, determinando así las esferas de ejecución de cada delito, siendo importante establecer cuando un delito previo se ha consumado y consecuentemente agotado para que en lo posterior, cualquier conducta encaminada al uso o goce del rédito obtenido de este delito fuente, sea considerada autónoma al delito que la produjo, por lo tanto, empezariamos a hablar de actos tendientes a otorgar una apariencia de legitimidad de dichos activos, lo cual llevaría a la conclusión lógica de que se ha empezado la fase de ejecución de un nuevo delito que sería el lavado de activos.

La demarcación de la esfera del delito precedente del lavado de activos tiende a separar los momentos delictuales entre sí, de tal manera que no se violaría el *ne bis in ídem*, si los actos del blanqueo de capitales han superado por completo al delito que los antecede, es decir que esté completamente agotado, separándose tanto a nivel factico como espacial, extinguiendo así cualquier identidad de hechos, dotándolos de autonomía *per se*.

REFERENCIAS

- Abarca Galeas, L. H. (2018). Comentarios de Derecho Penal Especial y Procesal de acuerdo al COIP. Ecuador: Editorial Juridica L y L.
- Abel Souto, M. (2001). Normativa Internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepcion en el ordenamiento penal español. Santiago de Compostela, España: Universidad Santiago de Compostela. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=40692>
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitucion 2008. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Asamblea Nacional. (2014). Codigo Organico Integral Penal. Quito, Ecuador: LEXIS S.A. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>

- Banchón Cabrera, J. K., y Suqui Romero, G. Y. (2020). Comentarios acerca del lavado de activos y el delito previo, especial referencia al COIP. RECIMUNDO, 468-481. [https://doi.org/10.26820/recimundo/4.\(4\).octubre.2020.468-481](https://doi.org/10.26820/recimundo/4.(4).octubre.2020.468-481)
- Beccaria, C. (2019). De los Delitos y de las Penas. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. <https://n9.cl/n6891>
- Bustos Mena, S. (2007). Modificaciones que introduce la Ley N° 19.927 en el Código Penal (Doctoral dissertation, Universidad Andrés Bello).
- Calisaya Rojas, C. N. (2018). La autonomía del delito de lavado de activos y el principio de imputación necesaria. Revista de Derecho, 121-139. <https://www.redalyc.org/pdf/6718/671871235007.pdf>
- Cañar Romero, J. (2010). El principio de oportunidad y de mínima intervención penal en el Derecho Procesal ecuatoriano. Cuenca, Ecuador: Universidad de Azuay. <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/4826>
- Chajan, R., Solis, E., y Puchuri, F. (2018). Sistema de Justicia, Delitos de Corrupción y Lavado de Activos. Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/133848>
- García Caveró, P. (2019). Derecho Penal Parte General. Perú: Ideas Solución Editorial.
- Gutiérrez Chávez, N. G. (2019). Estándar probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado. Quito, Ecuador: UASB. <http://hdl.handle.net/10644/7230>
- Mir Puig, S. (2008). Derecho Penal Parte General. 8va Edición. Barcelona, España: Editorial Reppertor. <https://n9.cl/lm58f>
- Muñoz Conde, F., y García Aran, M. (2010). Derecho Penal General. 8va Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho_Penal_Part_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf
- Polaino Navarrete, M. (2013). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Rodríguez Moreno, F. (2020). Curso de Derecho Penal - Parte General - Tomo I. Introducción al Derecho Penal. Quito, Ecuador: Cevallos Librería Jurídica.
- Rodríguez Moreno, F. (2020). Curso de Derecho Penal Parte General. Tomo II. Teoría del Delito. Quito, Ecuador: Cevallos. Editorial Jurídica.
- Sánchez, B. F. (2007). Normativización del derecho penal y realidad social. Universidad Externado. <https://n9.cl/osgli>
- Vaca Andrade, R. (2020). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Tomo I. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Vaello Esquerdo, E. (2006). Introducción al Derecho Penal. 2da edición. Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- Zambrano Pasquel, A. (2010). Lavado de Activos. Aproximaciones desde la imputación objetiva y autoría mediata. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.