

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica de Guayaquil.
Profesor Honorario y Profesor de Post Grado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú.
Profesor de Política Criminal en Post Grado en Universidad de Guayaquil.
Ex Profesor de Post Grado en Instituto Superior de Criminología en Universidad de Guayaquil.
Ex Profesor de Post Grado en Universidad Central de Caracas en Venezuela.
Ex Profesor de Post Grado en Universidad Andina Simón Bolívar de Quito.
Consultor nacional de la OEA en lavado de activos en el año 2002.

LAVADO DE ACTIVOS

Aproximaciones desde la Imputación objetiva y la Autoría mediata

**Prólogo Prof. Dr. Dr. h.c.
José Saez Capel**

QUITO-ECUADOR
2010

**CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES
(CEP)**

LAVADO DE ACTIVOS

Alfonso Zambrano Pasquel

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No.

ISBN No.

Edición:

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

Dedicado a mis hijos:
Sonnia Lilia, lejos pero siempre presente,
a Alfonso Vladimir, mi leal compañero,
a Leonela Alfonsina constante y ejemplar,
y a mi pequeño gigante Anthony Alessandro.
A todos ellos gracias por la felicidad de ser su padre!

PRÓLOGO

El lector tiene en sus manos un excelente trabajo, sobre Lavado de activos. Aproximaciones desde la imputación objetiva y la autoría mediata. Que como su título indica trata la problemática, en Ecuador y el mundo del llamado blanqueo de capitales, donde el autor ha conseguido proporcionar al jurista y los estudiantes una obra que cumple acabadamente con los objetivos didácticos y de contenido.

Como podrá comprobar el lector, el modo como se ha concebido el trabajo, dista abismalmente de cualquier parecido con la justamente denostada técnica de la pura exégesis.

Cuando leí el borrador del profesor y amigo, Alfonso Zambrano Pasquel, lo primero que pensé: ¿sí, la vía penal, es la forma más útil de reprimir el blanqueo de origen ilícito? Lo segundo fue la solidez y profundidad de los temas tocados por él, que me obligaban a expandirme, como el particular derecho penal de Silva Sánchez, sobre una profusión de temas en torno al blanqueo, pero limitándome a sólo un comentario, pues de dar rienda suelta a la pluma (el ordenador) pasaría a engrosar mucho el magnífico libro que hoy prologo.

El esfuerzo que representa la presente obra, una más de los múltiples trabajos a que nos tiene acostumbrados el profesor de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, que en Ecuador ha publicado 23 libros, y en el extranjero se han publicado otros quince trabajos de su autoría, en: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Perú, México, Venezuela, Cuba, Costa Rica y España.

Y entrando a lo nuestro, cabe señalar que el llamado crimen organizado, al decir de Jean Ziegler, aparece como una etapa superior del capitalismo, donde no hay fórmula de criminalidad macroeconómica sin participación de funcionarios, manteniendo

relaciones perversas y promiscuas con la corrupción, envenenando las instituciones y debilitando la confianza en ellas. Las consecuencias económicas del lavado quizás no sean tan nocivas, pero las políticas son catastróficas. El enorme desafío es poder preservar a las instituciones republicanas de su enorme poder corruptor.

Para ello muchas medidas son posibles, incluso las penales, pero no podrá intentarse seriamente una estrategia de control punitivo de este ilícito, si antes no se desentraña la estructura funcional y operativa de los mecanismos financieros vulnerables, como también sus puntos de apoyo ilícitos, para así poder conocer acabadamente tanto las modalidades del accionar de sus redes de servicios como los mecanismos financieros involucrados; ello resulta imprescindible si se quiere razonablemente alcanzar un control de tales actividades.

Como bien advierte el autor, una de las características actuales de la gran delincuencia es el paso de la criminalidad individual a otra que podríamos llamar corporativa, organizada con el objeto de obtener grandes beneficios económicos. Ello en parte es posible por la oportunidad que la llamada globalización de la economía mundial les ofrece, pues estos grupos tratan de optimizar las ganancias derivadas de sus actividades ilícitas reconduciendo hacia la economía legal los beneficios obtenidos fuera de ella.

De estas actividades, pero no la única, el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes es la que resulta más rentable, con sus trescientos cincuenta a quinientos mil millones de dólares anuales de facturación.

Fabián Caparrós, refiere que a diferencia de lo que pudiera intuirse en un primer momento, parece lógico afirmar que la mayor parte de los beneficios que actualmente proceden del delito no derivan de la comisión de comportamientos lesivos a esa está-

tica patrimonial. Indudablemente, la productividad económica asociada al crimen es una realidad tan antigua como el propio Derecho penal, pero en nuestros días son otras las infracciones a la ley que ofrecen una mayor rentabilidad. Lo que lleva, al profesor de Salamanca, a sostener que, asistimos a un ostensible proceso de divergencia entre el análisis dogmático del delito, estructurado en función del bien jurídico tutelado, y su faz criminológica, perspectiva esta última desde la cual la idea del fin perseguido por el autor adquiere especial referencia.

Por ello, el eje conductor del prólogo, a más de comentar el buen trabajo, radicará en demostrar que el sistema penal no es por sí sólo el medio idóneo para evitar estas acciones, como así también que los gobiernos y los aparatos judiciales proclaman contra el lavado de dinero, pero en general sólo se dedican a casos aislados sin llegar nunca a la raíz del problema, esto es, la metodología que el sistema global utiliza para las corrientes monetarias, tanto sean del dinero sistemático como del asistemático.

Hasta tiempos bastantes recientes el delito no había sido un medio idóneo para generar beneficios especialmente cuantiosos. No puede decirse lo mismo del momento presente, en que la delincuencia está en condiciones de acumular capitales ilícitos suficientes como para condicionar las variables macroeconómicas de una nación.

Por tal motivo los beneficios delictivamente obtenidos, han de ser luego reciclados, despojándolos de su origen ilícito mediante su introducción en los circuitos financieros, para así conseguir una apariencia legal. La cuestión más importante a tener en cuenta, ha sido el proceso de privatización de bienes o empresas públicas, proceso cada vez más presente en los países de Europa del este que, anteriormente, disfrutaban de una economía socialista y planificada.

Tampoco debemos olvidar que, la mayoría de los programas económicos de privatizaciones y apertura del mercado que se aplicaron en América Latina durante la década de los 90 no hubieran sido factibles sin la concurrencia, en parte, de grandes capitales provenientes del lavado de dinero.

Además, la economía y la política de muchos países como Italia, Rusia, las ex Repúblicas Soviéticas, Colombia, México, Bolivia, Perú, Venezuela, Turquía, Afganistán, Birmania, Tailandia, Japón, Taiwan, Hong Kong y una multitud de pequeños países, incluso Luxemburgo y Austria, no pueden ser comprendidas sin considerar la dinámica de las redes criminales presentes en su funcionamiento diario.

La conexión flexible de estas actividades criminales en redes internacionales, constituye un rasgo esencial de la nueva economía global y de la dinámica social/política de la era de la información.

Además en los últimos siete lustros el mundo vive un avance tecnológico, que une la creciente modernización con el desarrollo de nuevas técnicas en las transacciones de tipo económico, lo que es observado por la otra cara de la sociedad -la que se mueve al filo o al margen de ella- apareciendo así estas nuevas formas de delito.

Luego de un amplio periodo de tratar de reprimir el tráfico de drogas con medidas de naturaleza penal, los gobiernos de los países implicados parecen haber llegado a la conclusión de que un fenómeno de dimensiones internacionales, como el narcotráfico, sólo puede combatírsele con acciones supuestamente más eficaces, como las puestas en práctica por la administración norteamericana, mediante presión a los gobiernos a fin de lograr una concertación sobre el fenómeno. Se llegó a la convicción de que una forma especial de abordar el fenómeno, era cegar los circui-

tos a través de los cuales se legalizaban los ingresos que de él proceden.

Ello así por cuanto el volumen del mercado financiero y la complejidad de sus operaciones lo hacen idóneo como ningún otro sector, para operaciones de blanqueo, la gran disparidad de las reglamentaciones nacionales financieras y bancarias, la deficiente o prácticamente nula supervisión en muchos países, la existencia del secreto bancario, la posibilidad de anonimato que con frecuencia brindan muchas legislaciones nacionales, las nuevas técnicas y procedimientos bancarios que, encaminados a agilizar las operaciones y facilitar los trámites a los clientes, son abundantemente utilizados por los blanqueadores para enmascarar sus operaciones.

Pero deberíamos preguntarnos si las leyes penales, como la ecuatoriana, son de utilidad para perseguir tal fin; Raúl Zaffaroni, refiere que algún antropólogo del futuro dirá que fuimos una civilización idólatra y fanática, que no dudaba en la omnipresencia del sistema penal, destrozando la realidad en infinitos pedazos, cada uno de los cuales era cuidadosamente estudiado por un especialista que ignoraba la existencia de los restantes.

Pero quien por un instante se anime a una realidad sin discontinuidades, verá que las leyes penales producen efectos que casi nunca son los que se pretenden y que, a veces son exactamente opuestos. Una ley penal nunca podrá hacer desaparecer el lavado de dinero, porque semejante masa de medios de pago no pueden desaparecer en este sistema financiero con libérrimo flujo de capitales mediante tecnología virtual.

La plata sucia es un fenómeno macroeconómico y su supresión por ley es tan ridícula como la pretensión de prohibir la inflación. Es claro que cumple una función en la economía mundial (posi-

blemente evita una enorme recesión), que de otro modo no se explica la subsistencia de los refugios fiscales.

Pero si la mayoría de los gobiernos pierden tantos ingresos debido a estos paraísos fiscales, ¿por qué no intentan cerrarlos? No es que no puedan hacerlo. En su anterior reunión el G. 20 anunció tal combate, mediante la publicación de una lista negra de los mismos y otra de las empresas e individuos que hace utilización activa de tales paraísos, imponiendo fuertes multas u otras acciones a menos que esas cuentas fueran canceladas en un plazo determinado, no hay duda que la mayoría no podría sobrevivir durante mucho tiempo. Las razones para que ello no ocurra son una vez más políticas ya que en esta última reunión en Canadá, salvo la presidenta de Argentina, ningún asistente ha tocado el tema.

El estudio de estos paraísos fiscales deja en claro que el blanqueo del dinero de la droga es uno más de los diversos servicios financieros realizados en esos lugares. Tampoco sería la acusación más grave en su contra desde el punto de vista de la viabilidad del capitalismo moderno, pues las otras funciones que cumplen, suponen una amenaza más grande que aquél.

El sistema penal sólo puede dificultar el reciclaje del dinero sucio, al dificultarlo aumenta los costos y elimina a los pequeños lavadores sin recursos para sostener los controles. En síntesis: produce aumento y concentración de la renta del servicio ilícito de lavado.

Pero como no hay ninguna fórmula de criminalidad macroeconómica sin participación de funcionarios, el llamado crimen organizado siempre mantiene relaciones perversas y promiscuas con la corrupción, envenena las instituciones y debilita la confianza, en otras palabras, ese medio está lleno de los actores de un coro griego, a los que en la lengua de Pericles se conocen como

hipócritas. Las consecuencias económicas del lavado quizás no sean tan nocivas, pero las políticas son catastróficas. El enorme desafío es preservar a las instituciones republicanas de su enorme poder corruptor.

Si podemos dejar por un momento la idolatría del sistema penal y pensar en el fenómeno en sí mismo y en sus dimensiones económicas, posiblemente veremos que el lavado sólo desaparecerá el día que deje de ser funcional al sistema financiero y, para eso, algo deberá cambiar en éste. En tanto se deben contener sus nefastos efectos políticos.

En síntesis: las leyes penales contra el lavado aumentan la renta del servicio ilícito y lo concentran, por lo que, si somos capaces de superar la ilusión de la omnipotencia penal, veremos que la forma de combatirlo es con honestidad republicana y más democracia política.

No podrá seriamente intentarse una estrategia de control punitivo de este ilícito, si antes no se desentraña la estructura funcional y operativa de los mecanismos financieros vulnerables, como también sus puntos de apoyo ilícitos, para así poder conocer acabadamente tanto las modalidades del accionar de sus redes de servicios como los mecanismos financieros involucrados, lo que resulta imprescindible para alcanzar un razonable control de tales actividades.

En la doctrina penal ecuatoriana, no abundan, por cierto, los estudios desde el punto de vista dogmático o político criminal relativos al blanqueo, lo que implica que se presentan problemas no sólo desde el punto de vista teórico, sino además, sobre la aplicación práctica y cotidiana del instituto, de ahí el logro del profesor Zambrano Pasquel con éste su último trabajo.

De esta forma el marco teórico que construye se manifiesta en el contenido del bien jurídico a proteger en este ilícito, que debe ser

analizado como un concepto cuyo origen ha de encontrarse en las relaciones sociales y en las confrontaciones que dentro de la sociedad ecuatoriana se producen, pero sin dejar de lado ni perder de vista que es en la Constitución de la República del Ecuador, donde se ha diseñado el modelo de sistema penal.

Cabe reseñar el concepto que el autor refiere al profesor Luigi Ferrajoli, no de otra manera puede ser, ya que el profesor de Guayas nos tiene acostumbrados en sus trabajos, a una epistemología garantista, heredera de una tradición jurídica ilustrada y liberal, con lo que no es de extrañar su posición sobre el denominado derecho penal del enemigo.

Sobre la tesis del profesor Günter Jakobs (Berlín 1999), no habré de explayarme ya que excedería el prólogo, solo diré que hago más las palabras con las que el profesor Albin Eser cerrara dicho congreso sobre: La ciencia de derecho penal ante el cambio del milenio: “Esta frialdad que se traduce en la “concepción del delito”, reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando “se contrapone el frente construido por JAKOBS” entre un derecho penal del “ciudadano respetuoso con el estado de derecho” y un Derecho penal del “enemigo emanado del poder estatal”. Enemigos como no personas, es una “consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del estado de derecho”, cualesquiera sean los criterios que se utilicen para determinar quien “es ciudadano y quien enemigo”. ¿Quién puede decir realmente quién es el “buen ciudadano o el mayor enemigo?” ¿El que por razones políticas y “creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado” y “contra la libertad de otro”, o el que socava la base económica del estado “aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos”, cometer delito “fiscal o un fraude de subvenciones?” Una cosa es proponer sistemas jurídicos, “por muy coherentes que puedan ser en sí mismos”, y otra cosa es pensar en “las consecuencias que de ellos

se puedan derivar” –y esto no es “menos importante en el marco de la responsabilidad científica”.

Por cierto, este no es el lugar para expresar mis ideas sobre una más eficaz forma de luchar contra el flagelo de la droga, sólo diré que comparto lo expresado por el autor ante el “rotundo fracaso en la llamada lucha contra las drogas”, tal como expresa al final del libro y a lo que, desde hace muchos años, nos tiene acostumbrados, en su conocido trabajo *Cárcel y Drogas*. De la represión a la legalización. Editorial Edino, Guayaquil, 1994. Pero sí creo que la sociedad se debe un sinceramiento sobre la necesidad o no de despenalizar el consumo de ciertas sustancias estupefacientes.

Ello así, no puedo ocultar que el libro de mi amigo ha superado todas mis expectativas, pienso que sintetiza las virtudes de un ensayo modelo en la materia, es a no dudarlo la aplicación de una política criminal garantista y democrática. Para finalizar como coincidirá el lector, son muchos los méritos del trabajo prologado, es producto de la perseverancia e inteligencia del Prof. Zambrano Pasquel, por contribuir a las soluciones de los conflictos que se generan en el así llamado Lavado de activos, una tarea en la que es pionero en el país de la mitad del mundo. Hago notar que este prólogo no es un acto de complacencia o una demostración de afecto –que si bien por él lo tengo– sino un deber intelectual.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, julio 14 de 2010 a doscientos doce años de la toma de La Bastilla.

Dr. Dr. h. c. José Sáez Capel

Profesor Consulto de la Universidad de Morón, de postgrado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Andina Simón Bolívar (La Paz y Sucre).

ÍNDICE

Dedicatoria

Prólogo

INTRODUCCIÓN	1
Antecedentes de política criminal	5
Lavado de activos en los instrumentos internacionales	10
I. Aspectos criminológicos	13
II. Marco jurídico supranacional	15
Algunas reflexiones del Prof. Luigi Ferrajoli sobre el terrorismo	22
La situación de Ecuador en el lavado de activos	27
Entrevista al Dr. Rafael Franzini, jefe de la unidad de lavado de activos de la CICAD	33
Bien jurídico protegido	37
Ley de lavado de activos de Ecuador	40
Elementos del tipo penal	43
El iter críminis y el proceso de lavado de activos	53
Las resoluciones manifestadas: proposición y conspiración	58
La tentativa: concepto	62
Fundamento de su punibilidad	65
Teoría objetiva	67
Teoría subjetiva	67
Elementos del tipo de la tentativa	71
Tipo subjetivo	74
Clases de tipos penales	77
Delitos simples, complejos y conexos	77
De resultado material y formales	78
Tipos abiertos y cerrados	79
De acción, omisión y de comisión por omisión	80
Tipos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes	81
Listado de delitos y delitos conexos	86
Notas breves sobre el delito conexo	89
Una importante discusión en España	94

Los delitos conexos y el tratamiento en Europa	102
El error de tipo y el error de prohibición	107
El elemento volitivo	110
El error de tipo	112
La teoría de la participación y la prohibición de regreso	115
Diferentes formas de adecuación típica en el lavado de activos	118
Algunos aspectos relevantes en la lucha contra el lavado de activos	121
Los diferentes verbos rectores del tipo penal	126
Las circunstancias objetivas del caso	127
Otras formas de participación	133
La aplicación de otros verbos rectores	135
La asociación ilícita y el crimen organizado	137
La teoría del autor mediato	138
Responsabilidad del abogado que recibe honorarios maculados	146
Lavado de activos y derecho penal del enemigo	148
Lavado de activos e imputación objetiva	152
El caso de los abogados en Alemania	175
La situación del Derecho alemán	191
Derechos internacional y extranjero	201
La inconstitucionalidad del procesamiento por lavado de activos en contra del abogado defensor	202
Sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador por violación del derecho de defensa	218
Lavado de activos y defraudación tributaria	227
Lavado de activos vs. Legalización de las drogas	235
BIBLIOGRAFÍA	241

INTRODUCCIÓN

Cuando estudiamos las etapas de producción del delito o el proceso de ejecución del mismo, nos referimos a lo que doctrinariamente llamamos el *iter criminis* que tiene una fase interna y una externa¹, a través de las cuales se desarrolla el fenómeno jurídico llamado delito, desde la ideación hasta la consumación, y un *plus* que es el agotamiento. Como veremos en su momento, el delito de *lavado de activos* al que también se llama *blanqueo de capitales* o hasta *enfriamiento de dinero caliente*, técnicamente podría corresponder a la fase del agotamiento del delito. Pensemos con un ejemplo: un sujeto se decide a robar bancos o a estafar, pero su finalidad tiene un *plus* que es comprarse un carro, una casa y asegurar la educación de sus hijos. Una vez que robó o estafó, *consumó* el o los delitos porque su conducta llegó a la plena adecuación del acto al tipo penal sancionador. Lo que haga posteriormente con el *dinero mal habido*, ya no es parte de la estructura y esa fase del *agotamiento es post delictiva*.

Pensemos en otra hipótesis que podríamos encontrar en la conducta de un tercero que conociendo la previa comisión de un delito, interviene con *actos posteriores* para beneficiar al autor, borrar las huellas o vestigios del delito, y presta su nombre —*testaferrismo*— para que el *dinero mal habido*, producto del robo o de la estafa, sea invertido de manera lícita comprando un carro, un bien inmueble, haciendo inversiones en el mercado de valores, etc. En el manejo de la dogmática tradicional, tal conducta sería propia del *encubrimiento* pues interviene *ex post facto* (después del acto) en un delito ajeno sin concierto previo, para que se beneficie el autor².

¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Derecho Penal, Parte General*, Editado por ARA, Lima, 2006, pp. 163 y ss.

² *Ibidem*. pp. 206 y ss.

En nuestro margen nos hemos manejado con la figura del *encubrimiento* visto incluso como un delito contra la actividad judicial, y apreciado como un tipo penal independiente³ de *lege ferenda* para el caso ecuatoriano. Esta visión cambia con la Convención de Viena contra las Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de NN.UU de 1988, de la que es una copia al carbón nuestra Ley 108 de 1990, en que aparece el tipo penal del *lavado de activos* referido a esta forma específica de criminalidad que es sin duda una de las mayores expresiones de la delincuencia organizada transnacional o transfronteriza, junto al tráfico de armas, al tráfico de seres humanos, a la prostitución o *trata de blancas*, al abuso infanto-juvenil, a la pornografía, al tráfico de órganos, de niños, de sustancias químicas, etc., para mencionar algunos de los delitos de mayor costo social.

No está demás dejar constancia de que incluso se pretende legitimar esta modalidad delictiva, señalando que en la relación costo beneficio, sus beneficios sociales serían mayores que sus costos, pues el *lavado de activos* puede permitir un abaratamiento de los bienes y servicios, en áreas como las de la construcción pues el *inversionista* debe *legitimar los activos maculados*, o en otras como en la comercialización de alimentos a través de grandes cadenas de supermercados, o de salud con las cadenas de boticas y farmacias, lo que además conlleva fuentes de trabajo o empleo por la demanda de mano de obra para construcción, y para la atención al usuario en las grandes cadenas de tiendas o supermercados.

Frente a lo dicho precedentemente, debemos expresar que el delito de *lavado de activos* es factor desencadenante de criminalidad, *antes y después*, pues el antecedente de ese *activo maculado* puede estar en otras actividades delictivas como el tráfico de drogas ilegales, o tráfico de armas, o de contrabando, o en actos de

³ *Anteproyecto de Código Penal para Ecuador, de Alfonso Zambrano Pasquel*, consultar en www.alfonsozambrano.com, sección Doctrina Penal.

corrupción como el abuso mediante apropiación o sustracción de dineros públicos del Estado, etc. El *después*, se puede objetivar en que con ese *activo sucio* por su origen delictivo, fácilmente se llega a incursionar en otras modalidades delictivas como prostitución, apuestas ilegales, la *competencia desleal* en el sector financiero o económico, pues quien tiene *activos ilícitos* los va a blanquear transformándolos o invirtiéndolos, para darles la apariencia de legítimos en el mercado bursátil o financiero.

Ello explica que por razones de política criminal, se haya previsto la conveniencia de establecer *el delito de lavado de activos* como tipo penal independiente o autónomo, 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* aunque desde la dogmática tradicional éste tenga como antecedente el delito previamente cometido; y, que tradicionalmente pudo ser apreciado como forma de *agotamiento* en la teoría del *iter criminis*, y como delito contra la actividad judicial bajo la figura del *encubrimiento*.

Prima facie podemos manifestar, 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. Las formas modales se pueden configurar mediante inversiones, ventas, transferencias, adquisición y posesión de bienes inmobiliarios, muebles, obras de arte, joyas, operaciones financieras y bursátiles como la bolsa de valores, compra y venta de bonos de la deuda externa, y un largo etcétera, para ocultar el origen ilícito del activo que se pretende *blanquear* o *lavar*.

Frente a un proceso de *globalización de la pobreza y de la criminalidad*, se buscan mejores respuestas de política criminal y aunque es difícil la globalización de la justicia, para tratar de instrumentar un buen frente en la lucha contra el *lavado de activos* se diseñan tres frentes estratégicos: a.- La necesidad de la tipificación como delito independiente o autónomo, en las distintas legislaciones o cuerpos normativos. b.- Efectivas medidas de aseguramiento real, como la incautación y el posterior decomiso o pérdida definitiva de los bienes obtenidos mediante el *lavado de activos o blanqueo de capitales ilícitos*. c.- La imprescindible cooperación internacional entre los diferentes Estados.

Agreguemos a lo expresado la necesidad imperiosa de que se combatan adecuadamente los delitos que constituyen el antecedente necesario de esos *activos maculados* que luego van a ser *lavados o blanqueados*. Pensemos en antecedentes criminales como tráfico ilegal de drogas, armas, migrantes, prostitutas, niños, órganos, depredación de recursos públicos, pornografía, etc., que son presupuestos imprescindibles para el posterior *lavado de activos*.

Por nuestra parte, hemos sostenido y sostenemos que la única respuesta de política criminal racional y razonable, frente al denominado *tráfico de drogas ilegales* es su *legalización*, pues los costos de la prohibición constituyen una fuente inagotable de mayor criminalidad, frente a una economía mundial subterránea que lava alrededor de 400 mil millones de dólares por año, de los 550 mil millones que se estima produce el tráfico o comercialización ilícita de *drogas prohibidas*⁴. El alcohol es una droga, pues en verdad se trata de una sustancia tóxica no prohibida o legalizada luego de más de una década de prohibición en los inicios del siglo XX en EE.UU de América. Quien ingiere sustancias tóxicas permitidas

⁴ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Cárcel y drogas. De la represión a la legalización*, Editorial Edino, Guayaquil, 1994, 161 páginas.

como el alcohol, o prohibidas como la cocaína o la heroína, corre el riesgo de daños irreversibles e incluso de muerte, por dos razones: a.- Por la cantidad de la sustancia que ingiere la cual en dosis excesivas, aumenta el nivel de toxicidad (o de envenenamiento); y, b.- Por la mala calidad del producto que es más dañino por la falta de control de calidad. Las drogas legales pueden ser adulteradas (alcohol), al igual que las ilegales (cocaína con sulfa, con talco, etc.), pues el *recorte* de estas últimas produce una mayor rentabilidad⁵.

Antecedentes de política criminal

En la llamada Cumbre del Milenio, la Asamblea General adoptó la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, en diciembre de 2000, en la ciudad de Palermo. El propósito principal de la Convención es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, de ahí que los Estados que lo ratifiquen se obligan a:

- a) Penalizar en sus ordenamientos jurídicos internos determinadas conductas delictivas: participación en un grupo delictivo organizado (Art. 5), blanqueo o lavado del producto del delito (Arts. 6 y 7), corrupción de funcionarios públicos (Art. 8) y la obstrucción de la justicia (Art. 23).
- b) Adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, para combatir el blanqueo de dinero (Art. 7), para promover la integridad, prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos (Art. 8).

⁵ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Política criminal*, Jurista- Editores, Perú, 2009, *Abolicionismo y anti prohibicionismo*, pp. 31- 90. *Criminología y drogas. De la represión a la legalización*, pp. 91-117.

c) Extraditar o enjuiciar los delitos contemplados en la Convención.

d) Cooperar a los fines de decomiso (Art. 13), asistencia judicial (Art. 18) y llevar a cabo investigaciones conjuntas (Art. 19), así como en la adopción de medidas destinadas a intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (Arts. 26 y 27)⁶.

Respecto a los avances en la definición de criminalidad organizada en la Convención de Naciones Unidas⁷, resulta interesante el consenso alcanzado acerca de la definición de grupo delictivo organizado. Designa a un grupo estructurado de tres o más personas, con cierta permanencia en el tiempo, y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (Art. 2.a).

Por infracción grave se entiende aquel comportamiento punible con una pena privativa de libertad máxima de al menos 4 años o con una pena más grave (Art. 2.b). Es de tener en cuenta que el Proyecto de Convención de 1999 establecía los crímenes que, entre otros, debe englobar la expresión “infracción grave”: el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el blanqueo de dinero, la trata de seres humanos, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, delitos relativos a materiales nucleares, terrorismo, fabricación y tráfico de armas y

⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, en *Criminalidad organizada, Derecho Penal y sociedad. Apuntes para el análisis*, pp. 6-7. Se lo puede revisar en www.alfonsozambrano.com

⁷ Sobre este instrumento y los de la UE, Cfr. BLANCO CORDERO / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio”, en AA. VV., *Criminalidad Organizada. Actas preparatorias de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Univ. de Castilla La Mancha, 1999, pp. 5 y ss.

explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de automóviles o sus piezas y corrupción. Aunque estos delitos no fueron contemplados en la Convención definitiva, sí son una buena muestra de los delitos graves que comúnmente están asociados a la criminalidad organizada.

En cuanto a la tipificación, se llega al consenso de tipificar un tipo penal de participación en organización criminal, independientemente de los delitos específicos cometidos o tentados.

En el ámbito regional europeo, los avances en materia de cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada vienen de la mano principalmente del Tratado de Ámsterdam de 1997, en el que se potencia la creación de un espacio común de seguridad, justicia y libertad, es decir, el Tercer Pilar. Sobre la base del artículo 29 del Tratado de Ámsterdam que dice: “Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”.

Por su parte el artículo 31 e) del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá: *“la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”*.

A partir de estas disposiciones del TUE se impulsa el denominado Tercer Pilar, esto es, un proceso de armonización de legislaciones penales y el desarrollo de la cooperación policial con la Europol y judicial con la creación del Ministerio Fiscal Europeo y la euro orden, en el que la lucha contra la criminalidad organizada constituye uno de los ejes fundamentales. Se procede así a la creación del *“Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”*⁸. De esta manera se alude al “espacio de seguridad” y se contempla específicamente a la “delincuencia organizada”, “drogas” y “Europol”; y en el “espacio de justicia” se apunta a la “cooperación judicial en materia penal”⁹.

Dentro de este ámbito, el Consejo Europeo ha adoptado la “Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”, de 21 de diciembre de 1998, sobre la base de los artículos 29 y 31 del TUE. La organización delictiva se define en el artículo 1 como “una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”¹⁰. El segundo párrafo, establece que los delitos a que se refiere el párrafo 1º incluyen los mencionados en el artículo 2 del Convenio Europol y su anexo, siempre

⁸ Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, N° C de 23 de enero de 1999.

⁹ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, op. cit., pp. 8-9.

¹⁰ Cfr. Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, N° L 351/1 del 29 de diciembre de 1998.

que puedan ser sancionados con una pena equivalente al menos de 4 años.

Los delitos contemplados en el artículo 2 son: terrorismo (que entrañe atentados contra la vida, la integridad física y libertad de las personas o contra sus bienes), el tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de material nuclear o radioactivo, tráfico de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados, el blanqueo de dinero vinculado a los anteriores delitos. Además, el Anexo añade: delitos contra la vida, la integridad física (homicidio voluntario, agresión con lesiones graves), la libertad (secuestro, detención ilegal, toma de rehenes), la propiedad (robos organizados, fraude, estafa, extorsión, etc.), falsificación de moneda y medios de pago, falsificación de documentos y tráfico de documentos falsos, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de bienes culturales, tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, etc. Con esta Acción Común se pretende llegar a un consenso en los diversos Estados miembros sobre la tipificación del delito de participación en una organización delictiva, así como sobre su persecución penal (cooperación policial y judicial), independientemente del lugar de la Unión donde actúe la organización, teniendo en cuenta que puede comprometer a varios países. Es de subrayar que las características esenciales establecidas por esta Acción Común de la UE para la organización criminal coinciden con las destacadas por la definición de Naciones Unidas.

La definición de la UE sobre grupo criminal organizado incluye no sólo aquellos grupos delictivos que posean finalidad puramente económica, sino también, otros fines ilícitos, como los móviles políticos por fuera de la ley. Sin duda, la preocupación europea por el terrorismo se hizo presente, pues en el Preámbulo de la citada Acción Común se menciona expresamente el terrorismo como forma de delincuencia organizada, y en el párrafo 2º del

artículo 1 se considera como uno de los delitos propios de la criminalidad organizada¹¹.

Destaca también la preocupación europea por el terrorismo. Asimismo, puede verificarse cómo los intereses político criminales cambian como consecuencia de los crímenes cometidos y, esto, incide sobre la conceptualización de la criminalidad organizada. En el año 2000, en que todavía no se había producido el atentado del 11 de septiembre en Nueva York, Europa ya estaba preocupada por el terrorismo y en la Convención de Naciones Unidas todavía no se vislumbraba la focalización sobre este fenómeno. Un año después, al hilo del citado atentado, Europa empieza a desarrollar más rápidamente una serie de medidas en la lucha contra el terrorismo: la definición común de terrorismo, la euro orden, la creación del Ministerio Fiscal Europeo, etc. Finalmente, la lucha contra la financiación del terrorismo, va a dar lugar a una mayor presión contra las organizaciones criminales, toda vez que varias se dedican a ambas actividades.

Lavado de activos en los instrumentos internacionales

A lo expresado precedentemente, agreguemos que para nuestra región el precedente del lavado de activos estuvo relacionado con el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y las diferentes formas modales que surgen de la Convención de Viena de NN.UU de 1988, que sirvió como cuerpo normativo modelo para la legislación antidrogas en toda la región.

Otro antecedente lo encontramos en *Las Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias de diciembre de 1988*, conocidas como *reglas de Basilea* que son elaboradas por representantes de los Bancos Centrales de los diez países más importantes en el mundo industrializado, allí se hacen declaraciones de *principios*

¹¹ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., pp. 9-10.

anti lavado y se insta a los bancos y entidades financieras a adoptar medidas para evitar que los bancos sean utilizados para el *lavado de activos* provenientes de *actividades delictivas*. Se empiezan a diseñar estrategias para obtener información suficiente sobre la identidad de los clientes y la cooperación de las autoridades para detectar operaciones sospechosas.

En 1990 surge la *Convención Europea sobre Blanqueado, Rastreo, Embargo y Confiscación de los Productos del Crimen* aprobada en Estrasburgo, en la que surge la idea de que el antecedente para el *lavado de activos* puede ser cualquier delito, sugiriendo la penalización incluso de las *conductas imprudentes*. A esta hipótesis nos referiremos al consignar los elementos estructurales del tipo penal, de acuerdo con la legislación *anti lavados* de Ecuador del año 2005 que se encuentra vigente.

La Comunidad Europea elaboró en 1991 la llamada *Normativa de la Unión Europea, Directiva 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de activos*, mediante la cual los Estados miembros se comprometen a adoptar las medidas necesarias para adoptar una legislación penal que permita cumplir con las obligaciones provenientes de la convención de Viena de 1988 y del Consejo de Europa.

Otro importante referente es el llamado GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, que inicialmente reunió a 15 países europeos y Australia, a los que se fueron sumando luego países sudamericanos y que surge a partir de 1988 para plantear propuestas que permitan combatir el *lavado de activos*. En 1990 este organismo redactó las *llamadas 40 Recomendaciones* para los países miembros, en el año 2003 las *Recomendaciones* aumentaron a 48, y son utilizadas para medir el trabajo en los diferentes países de las *medidas anti lavado* y su eficacia operativa. Luego ha surgido el GAFI CARIBE (para Centroamérica y el Caribe), y el GAFISUD para Sudamérica. Las *Recomendaciones* diseñan un marco básico para la lucha contra el *lavado de activos* y buscan un marco de

aplicación universal. Comprenden el ámbito normativo jurídico penal y el policial, el sistema financiero y la reglamentación correspondiente, y la necesaria cooperación internacional, con esto se pretende una regulación si se quiere estándar y de aplicación internacional.

La Organización de Estados Americanos ha creado la *Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas* (CICAD) que en 1992 aprueba el *Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado de dinero*. Desde el GAFISUD se diseñan estrategias para incentivar la promulgación y entrada en vigencia de normas administrativas y penales contra el *lavado de activos* en cada uno de los países miembros, y la utilización de mecanismos idóneos para conseguir los objetivos propuestos.

Como características del *Reglamento modelo americano*, mencionamos que se refiere a los delitos que deben estar tipificados incluyendo las modalidades dolosas y culposas, abarcando a las conductas de conversión y transferencia, las de ocultamiento o encubrimiento, y las de posesión o tenencia. Hace referencia expresa al decomiso de bienes, efectos o instrumentos del delito de lavado de activos y los delitos previos o conexos. Establece la obligación de las instituciones y agentes financieros de comunicar a las autoridades competentes sobre las acciones sospechosas que tengan conocimiento, así como de disponer registros de toda operación financiera, “de tal suerte que de ser necesario puedan ser utilizados por las autoridades competentes para efectos de la persecución y represión de los delitos de lavados de activos; además se determina la responsabilidad de las instituciones respecto a las actuaciones de sus dependientes. Finaliza con el establecimiento de reglas para la cooperación internacional para la persecución del delito de lavado de activos”¹².

¹² GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 8.

La jurista española Prof. Dra. Teresa MANSO PORTO¹³, hace una importante aportación en el tema desde una visión europea y de derecho comparado, expresando cuales son los dos elementos fundamentales en la estrategia de lucha (de política criminal, agregamos por nuestra parte) contra la criminalidad organizada a nivel trasnacional, diciéndonos¹⁴:

I. Aspectos criminológicos

La lucha contra del blanqueo de capitales y la absorción de los beneficios del delito a través de figuras jurídicas como el decomiso¹⁵, constituyen los dos elementos básicos de la actual estrategia de control de la criminalidad organizada a nivel internacional. Dicha estrategia criminológica ha ido adquiriendo un carácter fundamentalmente preventivo. Se marca un doble objetivo básico que ya no sólo consiste en la persecución orientada al castigo del autor como estrategia clásica de carácter represivo. Al contrario, el hecho de que el autor de este tipo de delitos sea generalmente una pieza fácilmente reemplazable dentro de una estructura criminal estable, ha llevado a que político-criminalmente la persecución del autor haya pasado a un segundo plano. El elemento dominante y que muchos consideran como la herramienta verdaderamente eficaz en la estrategia de combate, tiene un carácter eminentemente preventivo y consiste en la persecución de las ganancias que se obtienen a través de la comisión de hechos delictivos, que constituyen el centro neurálgico de las organizaciones criminales. Es, por tanto, en el aspecto patrimonial de la lucha contra la criminalidad organizada en donde se encuadra la persecución del delito de blanqueo de capitales.

¹³ Magister en Derecho Comparado. Referente para España en el Instituto Max Planck de Friburgo, Alemania.

¹⁴ MANSO PORTO, Teresa, *La lucha contra el blanqueo de capitales en el marco internacional y europeo: resultados desde una perspectiva de derecho comparado*. pp. 1-9. Puede ser accedido en www.alfonsozambrano.com en el link Doctrina Penal.

¹⁵ Cfr. a este respecto el análisis comparado en: Kilchling/Kaiser, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg i. Br. 1997.

Como ha señalado la doctrina, el blanqueo de un capital de origen delictivo que además generalmente se nutre con entregas de dinero en efectivo, no sólo constituye un problema logístico de importancia, sino que posiblemente es el único “*punto débil de la organización criminal*”¹⁶: y es que el paso del flujo ilegal al flujo legal de capitales es el único momento en el que se hacen visibles los valores patrimoniales delictivos, mientras que una vez que se ha producido dicho trasvase con éxito, la identificación del capital y de su origen ilegal es cada vez más difícil.

Las investigaciones que se desarrollan en el ámbito financiero dentro de la lucha contra el blanqueo de capitales con miras a privar a la organización criminal de sus recursos económicos y de su “capital empresarial”, tienen por objetivo, además, descubrir las estructuras organizativas internas e identificar a otros posibles partícipes, a ser posible de los niveles jerárquicos superiores. Al mismo tiempo, se pretende prevenir la planificación y comisión de futuros delitos.

Como resultado de la evolución en la búsqueda de estrategias de lucha contra el blanqueo de capitales, pueden diferenciarse claramente dos niveles de control. Por un lado, las medidas de control de movimientos de dinero en efectivo y de transacciones electrónicas de carácter administrativo o policial. En este ámbito se encuadra la progresiva creación de nuevos mecanismos preventivos de defensa que intentan involucrar a diversas entidades privadas, modificando sus procedimientos de gestión de manera que se conviertan en piezas de dichos mecanismos de defensa, especialmente, generando deberes de identificación de clientes y registro de documentos o deberes de informar respecto a operaciones que no reúnan las condiciones de seguridad establecidas y puedan constituir indicios de blanqueo.

¹⁶ *Kischling*, wistra 2000, 241 ss, 241.

Por otro lado, se encuentra la persecución de blanqueo de capitales de carácter estrictamente penal, que se orienta, como se señalaba al comienzo, a la persecución de los partícipes y a la privación de los bienes patrimoniales obtenidos ilegalmente.

Estas líneas básicas de la actual estrategia de lucha contra la criminalidad organizada y, concretamente, contra el blanqueo de capitales, que es el aspecto en el que se centra esta exposición, son las que se han ido consagrando en los instrumentos jurídicos supranacionales que a continuación se van a exponer.

II. Marco jurídico supranacional

En el diseño de estrategias de lucha común, se ha ido desarrollando un marco jurídico de control del blanqueo de capitales de alcance supranacional. En ellos el objetivo principal se orienta claramente a la delincuencia de drogas, a la criminalidad organizada, a la criminalidad macroeconómica y a la delincuencia fiscal a gran escala. Pero, a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, en los últimos años se ha extendido a la lucha contra la financiación del terrorismo, pues, si bien en España el terrorismo, como problema de índole nacional, ya se venía considerando una forma de criminalidad organizada, en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno suelen distinguirse conceptualmente ambos fenómenos. Pues bien, la evolución en el espacio internacional, por un lado, y en el ámbito europeo, por otro lado, debe exponerse de manera diferenciada.

El primer instrumento de lucha contra el blanqueo de capitales *en el ámbito internacional* lo constituye la **Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988**. En ella se hace manifiesta, entre otras, la creciente preocupación por los efectos desestabilizadores que pueden tener los enormes rendimientos financieros que generan las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico de estupefacientes para las actividades comerciales y financieras lícitas.

tas. En consecuencia, se obliga a las Partes a tipificar como delitos penales en su derecho interno, además de un amplio catálogo de conductas relacionadas con el tráfico de drogas, la conversión o transferencia de bienes procedentes de dicho delito, otras conductas que dificulten o impidan su identificación o localización, así como conductas de demanda como la adquisición, utilización o uso de dichos bienes. Delitos que se completan con la criminalización de conductas consistentes en la participación en dichos delitos [Art. 3. 1. b) i) y ii), así como Art. 3. 1. c) i)-iv)].

Dos años más tarde, los Estados Miembros del Consejo de Europa y otros Estados firman el **Convenio sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos del delito, de 1990**. En el Preámbulo de dicho Convenio se incide en la necesidad de perseguir una política criminal común para proteger a la sociedad de un problema internacional y dentro de dicha política criminal común se recalca la privación a los delincuentes de los productos del delito como uno de los métodos más efectivos. En cuanto a las conductas de blanqueo que las partes han de tipificar como delitos penales en su derecho interno, se enumeran conductas similares a las ya expuestas en el Convenio de Viena. Por un lado la conversión o transmisión de propiedades, por otro lado la ocultación o disfraz de determinadas características de dichos bienes, y, por otro lado, la adquisición, posesión o uso de los mismos. Ello se completa igualmente con conductas de participación. La diferencia radica en que la criminalización de estas conductas ya no se limita a los casos en que los bienes proceden de delitos relacionados con el tráfico de drogas, sino que simplemente se hace referencia a su origen delictivo.

En el año 2000 se firma en Palermo la **Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional**, que en materia de penalización del blanqueo no introduce ninguna novedad con respecto al Convenio del Consejo de Europa.

En 2005 se firma un nuevo Convenio del Consejo de Europa, que inicialmente se había proyectado como protocolo adicional al de 1990, pero que debido a las dimensiones alcanzadas terminó por constituirse como un nuevo **Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo**. En este instrumento se hace visible el giro que produce la amenaza terrorista en la estrategia común de lucha contra los recursos vinculados a la criminalidad transnacional, pues a la persecución de flujos económicos de origen delictivo se suma la creación de mecanismos de control de los recursos económicos que puedan ser destinados a la financiación de actividades terroristas, con independencia de que su origen sea legal o no.

A todos estos instrumentos se suman las **recomendaciones del GAFI** (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales). Inicialmente eran cuarenta recomendaciones que han sido sucesivamente acompañadas de notas interpretativas y, en 2001, se completan con otras recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo.

En el espacio de la Unión Europea también se han generado instrumentos jurídicos de esencial importancia que, si bien no constituyen propiamente un derecho penal europeo, funcionan como mecanismos de armonización de los derechos nacionales, mediante la transformación de los actos jurídicos en derecho nacional a través de los respectivos parlamentos. Como es sabido, la Unión Europea no es un Estado con poderes ejecutivos, sino que se basa en la colaboración entre Estados soberanos. El modelo de funcionamiento está basado en los denominados tres pilares o áreas políticas. El primer pilar sí constituye algo así como un “supra estado” que se sirve de las administraciones públicas y de las jurisdicciones de los Estados miembros. Responde a las disposiciones contenidas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y es competente en temas como la ciuda-

danía de la Unión, política de inmigración y asilo o lo relacionado con la unión económica y monetaria, entre otros. Sus instrumentos jurídicos son la directiva y los reglamentos.

El segundo pilar es el área de la política exterior y de seguridad comunes, que no existían hasta el Tratado de Maastricht (1 de noviembre de 1993) y que se ha ido incrementando desde entonces, principalmente desde la creación de un alto representante de política exterior (innovación del Tratado de Ámsterdam de 1999), pero también a través de las novedades introducidas en el Tratado de Niza (1 de febrero de 2003).

El tercer pilar es el ámbito de la Justicia y Asuntos de Interior. Es el pilar intergubernamental, en el que se sitúa la colaboración policial y judicial en materia penal. Entre los numerosos instrumentos propios de este ámbito destacan en la materia que aquí se trata, por un lado, la posición común, que consiste en la definición de objetivos políticos comunes, de carácter vinculante, pero que no constituye derecho en sentido formal o material; hasta 1999 la acción común, que fue suprimida por el Tratado de Ámsterdam, y, a partir de éste, las decisiones marco, que constituyen legislación-marco, de contenido vinculante y que ha de ser transpuesta en el derecho nacional dentro de un plazo de tiempo determinado. En España, están sometidas a reserva de ley.

Los instrumentos jurídicos de relevancia en materia de blanqueo de capitales generados en el ámbito comunitario son las tres directivas que ya se han dictado en la materia, la Acción Común de 3 de diciembre de 1998 y la Decisión marco de 26 de junio de 2001, que a viene recoger el contenido de ésta, pero ya con el carácter de legislación-marco. La razón de ser de todos estos instrumentos es evidente. Con la progresiva liberalización del movimiento de capitales y la prestación de servicios financieros que se va haciendo posible en el espacio comunitario, surge la necesidad de una actuación comunitaria contra el blanqueo de

capitales para frenar el aumento de la delincuencia vinculada al tráfico de drogas y de la delincuencia organizada en general.

La primera **Directiva del Consejo de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales**, haciéndose eco de esta necesidad, establece una serie de medidas de carácter penal, en armonía con lo que ya habían establecido la Convención de Viena de 1988 y el Convenio del Consejo de Europa de 1990. Pero lejos de limitarse al enfoque penal, con esta directiva comienza a materializarse la estrategia preventiva de diseñar un escudo de protección contra la manipulación del sistema financiero a través de normas administrativas que involucren a las entidades de crédito e instituciones financieras. Básicamente se les impone a éstas obligaciones relativas a la identificación de clientes, registro y conservación de documentos, obligaciones de observación de transacciones y obligaciones de declaración de operaciones sospechosas, levantando el secreto bancario y sin poner en aviso al cliente de que se trate. Ello se acompaña de la obligación de establecer mecanismos de control y de comunicación interna entre las entidades de crédito y de facilitar la oportuna instrucción a los empleados para que sepan detectar operaciones sospechosas. Dicha estrategia preventiva se pretende además hacer extensiva a otras profesiones que se consideren susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, si bien no se especifica ninguna en particular.

En la **Decisión marco del Consejo de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito**, los Estados se comprometen a no formular reservas en relación a lo dispuesto en el Convenio de 1990 en materia de tipificación del delito de blanqueo, cuando, en lo que se refiere al origen delictivo de los bienes, se trate de delitos que tengan prevista una pena o medida de seguridad de duración máxima superior a un año.

La segunda **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de diciembre de 2001**, introduce varias modificaciones a la primera. En el ámbito de derecho penal sustantivo, la obligación por parte de los Estados de tipificar las conductas de blanqueo de capitales, no sólo cuando éstos provengan del tráfico de drogas, sino de cualquier delito grave, se completa al precisar cuáles deben considerarse en cualquier caso delitos graves, teniendo también en cuenta para ello lo que ya se había determinado en el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI adoptada por el Consejo en 1998. De este modo, se enumeran una serie de delitos que se completan con una cláusula general que se extiende a todos los delitos que puedan generar beneficios considerables y tengan prevista una pena grave de prisión en un Estado miembro. Asimismo se abre la posibilidad a que los Estados amplíen la consideración de origen delictivo del capital objeto de blanqueo a cualquier delito.

En cuanto a los mecanismos de prevención en el plano administrativo, se especifica el cuadro de empresas, entidades y profesiones que deben vincularse a las obligaciones establecidas en la primera Directiva. Se consideran destinatarios, además de a las entidades de crédito e instituciones financieras: los auditores, contables externos y asesores fiscales, los agentes de la propiedad inmobiliaria, los notarios y otros profesionales del Derecho cuando participen en operaciones que puedan ser susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, las personas que comercien con artículos de alto valor, como piedras y metales preciosos o joyas, y los casinos. No obstante, se garantiza el secreto profesional en el caso de abogados y otros asesores jurídicos con capacidad de defensa o representación en juicio, salvo en el supuesto de que dicho asesor jurídico esté implicado en el blanqueo de capitales o su asesoramiento se produzca para tal fin.

En la tercera **Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema fi-**

nanciero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, de 26 de octubre de 2005, se amplía la estrategia de combatir los flujos de dinero ilegal fundamentalmente con dos nuevos objetivos. Por un lado, frenar movimientos de capitales destinados a la financiación del terrorismo, con independencia de que su origen sea legal o no. Por otro lado, frenar la corrupción en el mundo financiero, para lo cual se establece la obligación por parte de las entidades bancarias de controlar de manera especial a las personas que ocupen o hayan ocupado cargos políticos importantes (los denominados *PEPS: Politically Exposed Persons*). En el ámbito administrativo, se determina qué es lo que ha de entenderse por titular real a efectos de cumplir las obligaciones de identificación de clientes por parte de las entidades bancarias y demás destinatarios. Los Estados miembros disponen de plazo hasta el 15 de diciembre del presente año para poner en vigor las disposiciones que contiene esta Directiva”.

Podemos extraer algunas conclusiones de lo que manifiesta la profesora española MANSO PORTO:

La importancia que tiene desde la política criminal el tema del *lavado de activos* y la estrecha vinculación con el delito de *terrorismo*. Ello explica la situación delicada para Ecuador de estar en una suerte de *lista negra*, pues en el año 2010, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) puso a Ecuador en la lista de riesgo de países que no colaboran contra el lavado de activos y el terrorismo.

Proyectar la idea de que no debe existir una lista cerrada de los delitos conexos o antecedentes del *lavado de activos* siendo indiferente el tipo de delito, bastando su relevancia a partir de una determinada gravedad en razón del monto de la pena.

La cooperación internacional es fundamental en el contexto europeo, sin perjuicio del derecho a la reserva que puede hacer efectivo cualquier país cuando es convocado.

El respeto del derecho a los abogados de ejercer su profesión, sin tener que estar necesariamente vinculados al *lavado de activos*, salvo que el abogado forme parte de la organización criminal o asesore específicamente para la comisión del delito de *lavado de activos*.

Algunas reflexiones del Prof. Luigi Ferrajoli sobre el terrorismo

Como se pretende vincular estrechamente al *lavado de activos* con el *terrorismo*, debemos admitir que a pesar del esfuerzo de *política penal* de reprimirlo con mayor intensidad, y de los mecanismos para la detección del lavado de activos, la escalada del *terrorismo* es imparable. Los acontecimientos últimos en Rusia de no hace mucho tiempo, con los atentados en el Metro de Moscú, ponen al descubierto lo complejo que resulta esa especie de fusión del *fundamentalismo religioso* con el *terrorismo*, como parte de una lucha que se autocalifica como política.

El profesor Luigi FERRAJOLI de la Universidad de Camerino en un discurso premonitorio¹⁷, empieza por preguntar ¿qué ha cambiado a partir del 11 de septiembre?, para luego afirmar, “es difícil negar la absoluta insensatez de esta guerra. Si la guerra tenía como fin golpear a Bin Laden y a su red terrorista, entonces no solo ha fracasado, sino que ha producido como era del todo previsible, efectos exactamente opuestos: la popularidad de Bin Laden y de las sectas fundamentalistas crece entre las masas islámicas; la situación del medio oriente desde Pakistán a Israel es más explosiva que nunca; la inseguridad del mundo y los peligros de nuevas agresiones por parte de las organizaciones terroristas se hacen cada día más graves y alarmantes”. Coincidimos en que la agresión terrorista requiere de una adecuada respuesta, que no ha

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Las razones del pacifismo*, publicado en Revista Jueces para la Democracia, No. 50, 06/10/2004.

sido precisamente la guerra de ocupación en contra de Irak, pues ésta ha demostrado que no ha sido el mejor método para capturar a los terroristas, sino que por el contrario, los ha reforzado. Sucesos como los del 11 de septiembre han sido masacres horrendas que han conmocionado e indignado a toda la conciencia del mundo civilizado. Al final debemos reconocer que los actos terroristas han puesto en crisis la ilusión de la seguridad y de la invulnerabilidad de nuestro mundo. Empezamos a vivir la era del *miedo* frente a un enemigo que se nos ha vuelto invisible, y que a ratos se puede materializar en un monstruo que hace explotar un avión, o que utiliza armas químicas o bacteriológicas, que al mismo tiempo que son previsibles no son susceptibles de prevención.

Una visión holística del fenómeno del terrorismo, explica el fracaso de la guerra emprendida, y que no es cierto que para gobernarlo en un ambiente de paz, es suficiente la aparente superioridad militar y geopolítica de Estados Unidos o de la OTAN. Hay que reconocer que los atentados terroristas nos dejan un importante mensaje, ya no cabe separación entre “política interior” y “política exterior”, pues la única política racional es la que propone JÜRGEN HABERMAS como “*política interior del mundo*”, sobre todo en lo que respecta a la seguridad frente al terrorismo, debiendo acudirse a medidas represivas y preventivas idóneas para enfrentar el terrorismo, pues la seguridad en el mundo es indivisible y la inseguridad es tan global como el mercado y la economía.

No hay que olvidar que hay un componente de odios y conflictos que son también factores desencadenantes de la inseguridad, y cuyas causas es necesario entender y remover, lo cual demanda una política interior del mundo, para afrontar los otros problemas vitales del planeta: la pobreza, el hambre, las enfermedades y las guerras que afligen a más de la mitad del género humano y des-

pués los problemas de la protección del ambiente, la criminalidad internacional y la producción y el comercio de las armas(sic)¹⁸.

Ha sido equivocado responder al terrorismo como un acto de guerra, como en el caso Pearl Harbor, cuando debe ser interpretado como un crimen contra la humanidad, que demanda tanto la captura y sanción de los culpables como el descubrimiento y la difícil neutralización de la compleja y ramificada red de la organización criminal. La única respuesta sigue siendo la inmoralidad de una guerra, en la que los países más ricos del planeta siguen bombardeando y poniendo en fuga a millones de desesperados hambrientos, que como lo prevé la Oficina de refugiados de la ONU, están condenados a morir de hambre y de frío. Debe operar urgentemente una verdadera policía planetaria, que en solidaridad con los países afectados y en rechazo a los sucesos del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del reciente del 7 de julio de 2005, permita la movilización de las policías y de los servicios secretos de decenas de países, con el objeto de lograr la captura de los culpables y la identificación de la red de sus secueces, sin el clamor y la espectacularidad de la guerra, sino al contrario, con los métodos bastante más eficaces del secreto y la coordinación de las investigaciones, el uso de los arrepentidos, la reconstrucción del mapa completo de las organizaciones terroristas, su aislamiento político y su división interna, y obviamente con un empleo de la fuerza dirigido a desarmar a sus componentes, una vez identificados, y a ponerlos a disposición de la justicia¹⁹. La guerra sólo ha agravado los problemas que pretendía resolver, pues la respuesta ha sido la del fundamentalismo exacerbado, elevando al terrorismo a la categoría de Estado beligerante, con lo cual crímenes horribles empiezan a ser parte de una guerra santa, en la que Bin Ladem aparece a los ojos de millones de musul-

¹⁸FERRAJOLI Luigi, en *Las razones del pacifismo*, op. cit., Puede ser revisado en www.alfonsozambrano.com

¹⁹Ibidem.

manes, como un jefe político, y su banda de asesinos como la vanguardia de una masa de millones de fanáticos.

FERRAJOLI expresa que hay que negarles a los terroristas el estatuto de “beligerantes” y confinarlos en el de “criminales”, calificando sus agresiones no de actos de guerra sino de crímenes contra la humanidad. Debe respetarse el papel del derecho como factor de paz y de civilización, instrumento efectivo del tránsito del Estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil. A continuación dice “recuérdese que en Italia, hace más de veinte años, en la etapa del terrorismo, todos – derecha e izquierda, críticos y defensores de las leyes de emergencia, partidarios y adversarios de la negociación con los terroristas– concordamos en negarles el estatuto de ‘combatientes’ y, por esto, en el rechazo de la lógica de guerra que ellos querían imponer a nuestro país. Fue la distinción entre derecho y guerra, entre pena y represalia bélica y, por tanto, el rechazo de cualquier simetría entre terrorismo y respuesta institucional, lo que permitió aislar a los terroristas y finalmente vencerlos”²⁰. En la continuación de esta *crónica de terrorismo anunciado* el 7 de julio de 2005 se produce un grave y repudiable acto terrorista en Londres cuyos, primeros reportes mencionan 37 muertos y 700 heridos, consecuencia de tres explosiones en el tren subterráneo y una que destrozó un autobús en el centro de la ciudad. La ciudad quedó convertida en una zona de guerra, con fuerzas policiales apostadas en sitios clave, hospitales desbordados y calles sin tráfico. Los atentados fueron reivindicados por Al Qaeda y quedaron vinculados de inmediato con la intervención británico-estadounidense en Irak y en Afganistán. Los identificados como responsables de este acto terrorista, que se suma a los del 11 de septiembre de Estados Unidos y del 11 de marzo en España, proclamaron la continuación de una operación santa, amenazando a los gobiernos italianos y danés “y a los demás gobiernos de los cruzados que

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Las razones del pacifismo*, op. cit.

retiren las tropas de Irak y de Afganistán sino quieren sufrir el mismo castigo". En otro recuadro de la noticia el *gran padrino* de la cruzada, el presidente de Estados Unidos George W. Bush, declaró la alerta naranja en EE.UU. y arengó seguir la guerra²¹. Este atentado se produce en circunstancias en que se celebraba la cumbre del G-8 en Escocia, vale decir, la reunión de las denominadas superpotencias del siglo 21, siglo identificado con la impronta de una imparable escalada terrorista.

Hay que pensar en una respuesta racional y coherente, retomando el pacto internacional de convivencia, y poniendo en práctica el Capítulo VII de la Carta de la ONU, referido a la Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión, para instituir una fuerza de policía internacional en grado de intervenir, siempre y solamente, contra las amenazas a la paz y a la seguridad y contra las violaciones de los derechos humanos y de la legalidad internacional. Hay que evitar que los Estados agredidos se conviertan en Estados agresores, con lo cual pasan a ser etiquetados como "Estados-canallas" o "Estados criminales". A la vista están los resultados fallidos, que como dice FERRAJOLI²², "podrían haberse evitado con la intervención bastante más creíble y controlada de una fuerza militar de la ONU: millares de víctimas inocentes, la devastación de los países bombardeados, la ruina de sus economías, la agravación de gran parte de los problemas que las guerras habían pretendido resolver. La guerra no puede ser por definición, ni una sanción ni una reparación de las violaciones del derecho: porque no golpea a los responsables sino sobre todo a los inocentes; porque es por naturaleza una violencia desproporcionada y descontrolada; porque ella misma está en contradicción con el derecho que es, a su vez, su negación".

²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Las razones del pacifismo*, op. cit.

²² *Ibidem*.

Lamentablemente prima una onda expansiva de mantenimiento de un poder geopolítico y militar liderado por las autollamadas grandes potencias, que nos deja poco espacio para consolidar propuestas más racionales, ello explica el fracaso de la ONU, se hace difícil respetar la garantía de lo que *no es lícito hacer* como las guerras o los crímenes contra la humanidad, y es igualmente inalcanzable la propuesta de lo que *no es lícito no hacer*, como las propuestas para asegurar los mínimos vitales. No hay un discurso real a favor de la paz y la seguridad mundial frente a un terrorismo fanático e irracional, que ha enfrentado con destrucción y muerte la guerra alimentada por las superpotencias, que han recurrido a grandes ejércitos y a armas de destrucción masiva en esta confrontación de cruzados y fundamentalistas. Retomamos la ilusión de un desarme progresivo de los Estados, de la erradicación de las armas a través de la prohibición de su producción y tenencia, y de la necesidad de un monopolio jurídico de la fuerza a escala internacional, el principal valladar es que el comercio de las armas se ha convertido en la primera economía mundial subterránea estimada en más de 800 mil millones de dólares por año, y esa es su fortaleza.

La situación de Ecuador en el lavado de activos

La legislación ecuatoriana sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo es inconsistente en el primer caso o nula en el segundo, afirmaciones que aparecen luego de que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) puso a Ecuador en la lista de riesgo de países que no colaboran contra el lavado de activos y el terrorismo, y más allá de la respuesta política del Gobierno a esas observaciones, la Procuraduría y la Fiscalía han asegurado que van a presentar proyectos de reformas.

El informe del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) de diciembre del 2007 destaca el carácter de “autónomo” de este delito en la Ley para Reprimir el Lavado de Acti-

vos del 2005, pero observa que en la tipificación no se citan expresamente ilícitos que originan el dinero mal habido, como por ejemplo tráfico de personas, de armas, etc. Lo que no se reconoce es que el delito de *lavado de activos* de un tipo penal abierto y omnicomprendivo de cualquier tipo de delito conexo o en el que tenga su origen el *activo maculado*.

Desde su creación, en el 2005, esta ley de 25 artículos no ha sido reformada. Los únicos cambios se hicieron a su reglamento. El primero fue hecho en el 2006 y se refiere al régimen de remuneraciones de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) y el segundo, en el 2009, a la inversión de los dineros provenientes del lavado de activos en instrumentos financieros emitidos en el Ecuador.

Con estos cuestionamientos se pretende un uso instrumental del derecho llegando a lo que conocemos como *derecho penal simbólico*, es decir que recurrimos a echarle la culpa de los males a la deficiencia normativa. Solamente dejamos planteado como explicar la eficiencia operativa de la policía para detectar y descubrir los importantes alijos de cocaína u otras drogas ilegales? Lo que ocurre es que en ese tipo de criminalidad funciona mejor la llamada *labor de inteligencia* que implica conseguir *información pagada*, delincuentes arrepentidos, informantes, infiltrados, etc. Ese trabajo tiene incluso un costo económico que es pagado por agencias extranjeras (la DEA de EE.UU) que actúan como operadores de sus gobiernos en nuestros países, pero no ha disminuido la producción cocalera que hoy rebasa las mil toneladas métricas y que tiene una economía mundial subterránea que supera los 500 mil millones de dólares por año, cuyo 80% tiene que ser *lavado* en la banca del primer mundo.

Pese a los cuestionamientos a la Ley de *lavado de activos*, hay que reconocer que existe una cantidad de adecuaciones típicas suficientes para perseguir a la delincuencia organizada bajo modali-

dades como las de narcotráfico, lavado y financiamiento al terrorismo. Lo que falta, es la decisión política para hacerlo y contar con un *trabajo de inteligencia* como el que se hace para la detección de drogas ilegales.

Tras la inclusión de Ecuador en la lista de riesgo, el director de la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía, José Cisneros, anunció la necesidad de hacer reformas para endurecer las penas, para que ya no sean de prisión sino de reclusión, mejorar el proceso para la investigación y crear una unidad para el manejo de los bienes incautados.

Sobre el financiamiento del terrorismo, se ha afirmado en cambio, que no existe ninguna ley o código en Ecuador que lo tipifique como delito. Lo antes dicho es un acto de desconocimiento de la legislación ecuatoriana que tiene un capítulo amplio dedicado a los delitos de sabotaje y terrorismo.

Existe un *proyecto* presentado por el gobierno del ex presidente Alfredo Palacio, en julio del 2006, que nunca fue tramitado por el Congreso. Según la iniciativa, quien por cualquier medio, de manera directa o indirecta, proporcione o recolecte fondos para cometer sabotaje, plagio y otros que atenten contra la seguridad de la transportación terrestre, naval o aérea, civil o militar, cae en el delito de financiar al terrorismo. Las sanciones propuestas eran de reclusión de 12 a 16 años y multas que duplican el monto del dinero en cuestión.

Pero para Fernando Bustamante, ex ministro de Gobierno y actual asambleísta oficialista que preside la Comisión de Soberanía y Relaciones Internacionales, no hay ninguna falencia en la legislación para reprimir el financiamiento del terrorismo. Tras mencionar los convenios internacionales al respecto, resalta que en el Código Penal se habla de terrorismo.

En la exposición de motivos de su proyecto, Palacio precisa que el Código Penal, al tipificar los delitos de sabotaje y terrorismo, no incluye la figura de su financiamiento. El Procurador del Estado, Diego García, en su calidad de presidente del Consejo Nacional contra el Lavado de Activos, ha anunciado para fines de febrero del 2010 que ese organismo también prepara reformas a la ley que incluyan la tipificación del financiamiento del terrorismo como delito.

Bustamante ha relativizado el tema, afirmando: *“Si es que las recomendaciones técnicas, no políticas ni politizadas, valen la pena y (pueden) mejorar la seguridad del país, las vamos a considerar, con todo gusto. Pero no porque una institución internacional quiere, de alguna manera, disciplinar a los países, en función de sus propios objetivos”*²³.

El tema de fondo está más allá del marco normativo, pues se trata en verdad de la preocupación *geopolítica* para la región por las relaciones del Gobierno de Ecuador con el Gobierno de Irán que apuntaban a permitir el funcionamiento de un banco de Irán para la región. En señalamientos que se han formulado se afirma que bancos de Irán están asociados con el financiamiento del terrorismo a nivel mundial —Irán es uno de los principales productores de uranio, que sirve para armas de gran poder destructivo— y que la presencia de un banco Iraní podría permitir el financiamiento de grupos calificados de *terroristas* como es el de las FARC de Colombia.

Hasta ahora ni el Gobierno del Presidente Lula Da Silva de Brasil, ha autorizado el funcionamiento de un banco Iraní como se llegó a especular. No tengo elementos para afirmar que Irán fuese un buen socio o un socio estratégico para Ecuador, pero el costo político de esa pretendida alianza ha sido la ubicación en la *lista*

²³ Publicación de diario EL UNIVERSO, del domingo 28 de febrero del 2010.

de riesgo de países que no colaboran contra el lavado de activos y el terrorismo. En la relación costo-beneficio no creo que el Ecuador haya salido como ganador de este mal momento, más allá de que signifique un acto de intromisión política cualquier reproche o descertificación que provenga de cualquiera de las grandes potencias mundiales, contra nuestro país, pues se están desconociendo principios propios del derecho internacional, como el de *no intervención* y el de *libre determinación*.

Para noviembre del 2006 se decía en nuestro país²⁴:

La creación de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), que estará conformada a finales de este mes, será el punto de partida con el que la Superintendencia de Compañías intentará evitar el “lavado” de dinero o activos.

Se pretende que a esta unidad se reporte toda la información sobre las operaciones o transacciones “inusuales e injustificadas” que registren los clientes del mercado de valores, aseguró Ángel Polibio Chaves, representante de la Superintendencia.

La UIF estará conformada por una dirección general, una subdirección y por los departamentos técnicos especializados.

De ser el caso, dice un fragmento de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, aprobada en octubre de 2005, la información se la remitirá al Ministerio Público.

Pero desde ya la Superintendencia sabe qué camino seguir, pues una de las maneras más comunes para lavar dinero es el “pitufo”. Que significa fraccionar el monto de las operaciones.

Galo del Pozo, experto, explica que mediante este método los grandes lavadores de dinero depositan sumas importantes en el

²⁴ Diario HOY, publicación del 15 de noviembre del 2006.

sistema financiero, utilizando a muchos terceros, conocidos como pitufos, por cantidades inferiores a los 10.000 dólares para no tener que justificarlas al Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP).

Un mecanismo muy similar se usa en las bolsas de valores de algunos países, dice Narciso Muñoz, ex presidente de la Comisión de Valores de Argentina, que participó en una conferencia sobre prevención del lavado de dinero en el mercado de valores, organizada por la Superintendencia.

“Los que pretenden lavar dinero compran una elevada cantidad de títulos bursátiles, a través de sus intermediadores; generalmente lo hacen, cuando las acciones o títulos valores están a bajo precio. Aunque supuestamente los propietarios de los valores son terceros, realmente quienes están detrás son los actores de las actividades indebidas”, destaca el experto.

Luego, cuando los valores suben de precio en el mercado de valores, justifican sus recursos diciendo que los compraron baratos y los vendieron caros, añade Muñoz.

El mercado de capitales de países emergentes presenta problemas de baja liquidez y alta volatilidad. Esas características, poco atractivas para los inversores tradicionales de perfil conservador, los hacen especialmente vulnerables para maniobras especulativas de lavado de dinero, destacó el especialista.

En la misma publicación se hacía la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible que una persona que trabaje en un banco por un sueldo de 5.000 dólares mensuales tenga dos carros Mercedes Benz, una casa valorada en un millón de dólares y un departamento en Miami? De ahí que todos estos casos deben ser investigados, dice el funcionario, *“para que haya coherencia y consecuencia lógica en los actos de las personas”*.

La Ley para reprimir el Lavado de Activos ordena la creación del Consejo Nacional Contra el Lavado de Valores. Estará integrado por un directorio y por la UIF.

El directorio del Consejo tendrá como integrantes al Procurador General del Estado o su delegado, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente; el Superintendente de Bancos y Seguros o su delegado; el Superintendente de Compañías o su delegado; el Director del Servicio de Rentas Internas o su delegado; el director de la CAE o su delegado; el Ministro Fiscal o su delegado; y, el Comandante General de la Policía Nacional o su delegado.

Según Marcos López, ex intendente del mercado de Valores de Guayaquil, no se ha detectado en el país lavado de dinero en las bolsas del país.

Sin embargo, *“no hay que esperar a que ocurra para crear normas, de ahí que es relevante la iniciativa de la Superintendencia”*, dice:

Lo que sí se ha detectado es grandes haciendas con abundante ganado o negocios que se han mantenido mediante el narcolavado, agrega López.

Entrevista al Dr. Rafael Franzini, jefe de la unidad de lavado de activos de la CICAD

Una vez que Ecuador aprobó la autonomía del *lavado de activos* frente a otros delitos, dentro de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, el diario *El Comercio*²⁵ entrevistó al Dr. Rafael Franzini, Jefe de la Unidad de Lavado de Activos de la CICAD, sobre el tema de *blanqueo de capitales*.

²⁵ Diario EL COMERCIO, Undécima Edición – Número 3, Año 3, Tercer Trimestre 2005.

El Comercio:

¿Por qué es importante considerar al lavado de activos como un delito por sí mismo sin que sea necesario una sentencia previa en otro delito, como el narcotráfico?

Rafael Franzini:

“La autonomía del delito es fundamental para el combatir este fenómeno. Y lo es no sólo para facilitar el proceso probatorio, sino, además, para poder aplicar penas en concurso con otros delitos que han servido para generar los activos que el delincuente pretende legitimar mediante maniobras ilícitas.

Me explico: si aceptamos la autonomía de delito, muchos jueces, de acuerdo al ordenamiento jurídico interno, podrán condenar a un contrabandista de armas, por ejemplo, no sólo por ese ilícito, sino, además, por intentar darle al dinero de origen ilícito, apariencia legal.

Por otra parte, si aceptamos la autonomía del lavado de activos, tendremos que el bien jurídico que protege ese tipo penal es distinto, de otro alcance, que el bien jurídico que ampara el delito que originó los activos que se pretenden lavar.; por ejemplo, en el delito de corrupción administrativa el bien jurídico será la administración pública y en el delito de lavado de activos lo será el orden socioeconómico. En consecuencia, de una vez podremos desvincular al lavado del delito de encubrimiento, que protege la administración de justicia y cuyas condiciones de perseguibilidad son bastante complejas”.

El Comercio:

¿Qué es lo que conoce la CICAD sobre la realidad referente al control del lavado de activos en el Ecuador? ¿Qué cifras manejan?

Rafael Franzini:

“En realidad, la CICAD, y me atrevería a decir que nadie, más allá de los lavadores, conoce el alcance de los bienes que se lavan en Ecuador o en cualquier parte del mundo. Las estimaciones, o mejor dicho, los intentos para establecer una metodología que logre cuantificar la magnitud de lavado de dinero han fracasado. En ese sentido, sólo podemos asegurar que cuanto más frágil o permisivo sea el régimen de controles al delito, más fácil le resultará al lavador cometer el ilícito. El lavado como usted sabe, es un delito de carácter trasnacional y ningún país está libre de que se cometa en su territorio; ahora bien, si la arquitectura jurídica que controla este crimen no es lo suficientemente fuerte, los lavadores tendrán un incentivo para cometerlo en un país dado”.

¿Con qué programas de ayuda en el tema de blanqueo ha colaborado la CICAD con el Ecuador?

Rafael Franzini:

“La CICAD, a veces con recursos propios, otras veces en programas conjuntos con el Banco Interamericano de Desarrollo o con las Naciones Unidas, ha llevado adelante programas dirigidos al sector financiero, al sector de control financiero, a jueces y fiscales, a organismos de aplicación coercitiva de la ley, como la policía o las aduanas, y al establecimiento de una Unidad de Inteligencia Financiera. Por último hemos colaborado con el Estado ecuatoriano en la revisión de la nueva ley que se debate en el parlamento”.

El Comercio:

En la cadena del lavado de activos del continente, ¿cuál es el papel que tiene el sistema financiero y comercial de Ecuador? ¿Su rol es fundamental en una banda delictiva organizada que lava dinero producto de actividades ilícitas? ¿Por qué?

Rafael Franzini:

“Como le contesté anteriormente, la CICAD no tiene conocimiento de los montos lavados, ni de los lugares donde se lava, más allá de donde existen sentencias concretas por este delito. En el caso de Ecuador las sentencias por este delito son escasas”.

El Comercio:

¿Cuáles son los métodos más comunes, hoy en día, para concretar el lavado de activos?

Rafael Franzini:

“Esa pregunta es interesante y difícil al mismo tiempo. El lavado de dinero sólo queda limitado a la inteligencia y a la creatividad de los delincuentes. Y se han detectado muchos métodos para tal fin. Así, la creación de empresas de fachada, el empleo de muchas personas para realizar transacciones financieras por debajo de los umbrales de control, el uso de redes informales, el aprovechamiento de transacciones cambiarias, la compraventa de inmuebles de lujo. Desde las más sencillas a las más complejas éstas son utilizadas aprovechando de las debilidades del sistema de control o las particularidades de cada país”.

El Comercio:

¿Cuál sería su recomendación a las autoridades que tiene en sus manos el proyecto de Ley para Reprimir el Lavado de Activos listo para ser aprobado, considerando que el Ecuador es uno de los pocos países del continente que no tiene una legislación que reprima ese delito?

Rafael Franzini:

“Antes que nada es importante reconocer que en el marco internacional se han ido estableciendo estándares para el control del fenómeno. Así, por ejemplo, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) establecido en 1990 para el desarrollo de sistemas efectivos de control y su evaluación, cuenta con una serie de normas conocidas como las 40 recomendaciones del GAFI que, por otra parte, han sido adoptadas por el Grupo de Acción Financiero de Sudamérica, GAFISUD, del cual Ecuador es parte. En otros marcos, la Organización de los Estados Americanos-CICAD ha creado un Reglamento Modelo, que es un texto jurídico de carácter no mandatorio, que opera como una guía para la confección de leyes y reglamentos en la materia; y las Naciones Unidas, con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han hecho un esfuerzo similar. Todos estos estándares deberían ser tomados en cuenta a la hora de legislar o de establecer organismos, como por ejemplo una Unidad de Análisis o Inteligencia Financiera, capaces de coadyuvar a la detección y la represión de este fenómeno”.

Bien jurídico protegido

Debemos determinar cuál es el bien jurídico *protegido* con este tipo penal, pues su afectación nos permite determinar la acción o conducta típica, que como apreciaremos tiene más de un *verbo rector*. Podemos en principio decir que afecta a la *economía* y por

ello podría ser ubicado entre los delitos contra el orden económico, porque crea una competencia desleal entre los *lavadores* y los agentes económicos que no tienen esos *activos maculados*. Cuando se trata específicamente del *lavado de activos* que provienen de una actividad delictiva como es el *tráfico de drogas ilegales*, puede ser visto como un delito contra la *salud pública* si se admite que con la penalización del tráfico de drogas ilegales se busca preservar como bien jurídico la salud pública.

El dinero que se obtiene de manera ilícita con el *tráfico ilegal de drogas* puede ser invertido para alimentar el mismo delito de manera sostenida, con lo cual de una incipiente industria en el negocio de las drogas ilegales, fácilmente llegamos a grandes empresas criminales, como depurada expresión de la delincuencia organizada incluso trasnacional o transfronteriza como ha ocurrido con los *grandes carteles* colombianos y mexicanos, que ha llegado a corromper incluso a ciertos sectores de la democracia colombiana, salpicada por los dineros provenientes del tráfico de drogas ilegales, que pretenden encontrar protección del poder político, que es igual a impunidad. En este caso, el bien jurídico protegido será *la seguridad interior del Estado*.

Podría ser estimado también como *delito contra la seguridad del Estado* el caso del financiamiento de *células guerrilleras o terroristas*. Aquí se puede producir una suerte de *híbrido* porque los *grandes carteles de la droga* se asocian con la guerrilla (en muchos casos terrorista), que les cobra una *vacuna* o un *impuesto* por el volumen de producción cocalera. Esta moderna *aduanas de la delincuencia organizada* puede recibir dinero de los *carteles* o armamento sofisticado, que incluye todo tipo de armas de guerra como metralhas, lanza misiles, bazucas, granadas antitanques y personales, así como vehículos todo terreno, entre otras vituallas. Si apreciamos correctamente el *lavado de activos* que provienen del narcotráfico va a incursionar en otras actividades delictivas como es *el tráfico de armas*.

No falta la ubicación *de delito contra la administración de justicia*, si se trata de encubrir los otros delitos cometidos que es en donde tiene su origen el *activo* que luego va a ser *lavado* o *blanqueado*. Pero como hemos anotado precedentemente el delito de *lavado de activos*, es un delito independiente o autónomo de los delitos de origen o conexos, sin que se requiera que los otros delitos hayan sido juzgados para que proceda el procesamiento penal por *el lavado de activos* que tiene plena autonomía punitiva y procesal.

Nos pronunciamos por la tesis de que el delito de lavado de activos es *pluriofensivo* porque lesiona o vulnera más de un bien jurídico, como sostiene el jurista peruano, Víctor PRADO SALDARRIAGA, el *lavado de activos* es “un delito pluriofensivo que comprende a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la Administración de Justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso en un plano sumamente mediano, la incolumidad de la salud pública”²⁶.

La *exposición de motivos* de la ley ecuatoriana expedida en el año 2005 nos da luces en cuanto al bien jurídico que se trata de proteger, pues el Congreso de la República, manifestó al expedir la ley:

“Que el lavado de activos es uno de los mayores flagelos contra la sociedad, por sus nefastos efectos en la economía, en la administración de justicia y la gobernabilidad de los Estados, lo que afecta gravemente a la democracia;

Que la conversión o transferencia de capitales de origen ilícito de un país a otro y su reinserción en el sistema económico, produ-

²⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Idemsa, Lima, 1994, p. 66.

cen graves problemas y favorecen la perpetración de una cadena indeterminada de actos ilícitos;

Que la conversión o transferencia ilícita de activos influye en el incremento de la delincuencia organizada transnacional, que es necesario combatir en resguardo de los intereses del país y su población;

Que organismos internacionales, como la ONU, la OEA y el GAFISUD, de los que el Ecuador forma parte, recomiendan la adopción de medidas efectivas para luchar contra el lavado de activos;

Que es necesario legislar con la finalidad de tipificar, en forma adecuada, las infracciones que tienen relación con la conversión o transferencia de activos provenientes de actividades ilícitas y de recuperarlos;”.

Sin duda alguna, el legislador ecuatoriano fue sumamente ambicioso en tratar de compendiar en la *exposición de motivos* no sólo las razones, sino los bienes jurídicos que se pretenden proteger con el delito de *lavado de activos*, pues se refiere a la economía, a la administración de justicia, a la gobernabilidad (como expresión de la democracia), a la calidad de agente multiplicador de otra cadena o secuela de delitos, a la condición de agente reproductor de la delincuencia organizada transnacional, así como al compromiso con organismos internacionales que recomiendan medidas efectivas para luchar contra el *lavado de activos*. Se destacan en principio como formas modales la *conversión o transferencia*, aunque apreciaremos luego que en verdad nos encontramos frente a un tipo penal abierto, con diferentes modalidades delictivas o con diferentes verbos rectores del tipo penal.

Ley de lavado de activos de Ecuador

La Ley que pretende reprimir el *lavado de activos* en Ecuador dice:

“DE LA FINALIDAD Y OBJETIVOS

Art. 1.- Esta Ley tiene como finalidad prevenir, detectar, sancionar y erradicar el lavado de activos, en sus diferentes modalidades y tiene por objeto reprimir:

- a) La propiedad, posesión, utilización, oferta, venta, corretaje, comercio interno o externo, transferencia, conversión y tráfico de activos, que fueren resultado o producto de actividades ilícitas, o constituyan instrumentos de ellas; y,
- b) La asociación para ejecutar cualesquiera de las actividades mencionadas en el literal anterior; la organización de sociedades o empresas que tengan ese propósito; y, la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminados a hacerlas posibles.

La presente Ley tiene por objetivo también, realizar las acciones y gestiones necesarias para recuperar los activos ilícitos de origen ecuatoriano, que se encuentran en el exterior”.

Estrechamente relacionado con este artículo encontramos el Art. 14 de la Ley de *lavado de activos* que señala:

CAPÍTULO I DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

“Art. 14.- Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:

- a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito;
- b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito;

- c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley;
- d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley;
- e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y,
- f) Ingreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.

Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves”.

Para tener una mejor aproximación a la severidad de la penalización y a las formas ampliadas de la adecuación transcribimos el siguiente artículo:

“Art. 15.- Cada uno de estos delitos será sancionado con las siguientes penas:

1. Con prisión de uno a cinco años en los siguientes casos:
 - a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, pero no exceda de cincuenta mil dólares; y,
 - b) Cuando la comisión del delito no presupone la asociación para delinquir.

2. Con reclusión menor ordinaria de tres a seis años, en los siguientes casos:

a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América, pero no exceda de trescientos mil dólares;

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

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

3. Con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años, en los siguientes casos:

a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América;

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; y,

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

Elementos del tipo penal

Para nosotros la conducta es un hacer voluntario final, que tiene un aspecto interno que es la proposición del fin y selección de los medios para conseguirlo, y un aspecto externo que es la puesta en

marcha de la causalidad. La *conducta* es sinónimo de *acción* y de *acto*, y sin el tipo no se pueden distinguir las omisiones del no hacer. Como elementos objetivos del tipo penal hacemos referencia al *acto* o *acción* constituido también por la *omisión* y por la llamada *comisión por omisión*, al *resultado* que deviene en la afectación de un bien jurídico, y al *nexo causal* que no es otra cosa que la *relación de causa a efecto* entre la manifestación de la conducta y el resultado que se consigue.

Es de más fácil entendimiento y para diferenciar el acto del tipo, debemos reconocer que en la tipicidad legal dolosa en el aspecto objetivo (tipo objetivo) podemos encontrar referencias: de tiempo, de lugar, de modo, de ocasión, de medios. Elementos descriptivos que son los que predominan y no requieren de valoración alguna. Elementos normativos que pueden tener una connotación jurídica o ético social. Como hemos dicho *up supra*, pensemos también como elementos del tipo penal en el resultado o mutación física, en el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, así como en los sujetos activo y pasivo del delito. En el delito de *lavado de activos* apreciamos que si no se llega a la cantidad de cinco mil dólares no hay lugar a sanción penal, encontrándonos frente a una *condición objetiva de punibilidad*. Que constituye un presupuesto necesario para la imposición de la pena, de manera que si el presupuesto no se cumple porque el *lavado* (conversión, mutación, transferencia, etc.) no excede de los cinco mil dólares la conducta está exenta de pena.

En el aspecto subjetivo (tipo subjetivo) estudiamos al dolo que se produce cuando se quiere la realización del tipo objetivo orientado por el conocimiento. El dolo en el *aspecto cognoscitivo* requiere el conocimiento efectivo y en cierta medida actual de los elementos descriptivos, de los normativos, de la previsión de la causalidad y de la previsión del resultado. En el *aspecto conativo* el dolo puede ser directo (de primer o segundo grado o de consecuencias necesarias) o eventual en el que el sujeto se representa la *posibili-*

dad del resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta que ha elegido libremente²⁷.

Junto al dolo ubicamos los elementos subjetivos del tipo que son diferentes al dolo y que hacen referencia a las particulares finalidades que puede perseguir el agente y que permiten diferenciar figuras que tienen los mismos elementos en el tipo objetivo, como en el caso de la privación de la libertad, el rapto y el plagio.

Como elemento subjetivo del tipo penal estudiamos también a la culpa y sus diferentes expresiones, mencionando a la *culpa directa* o *consciente* en la que el agente se representa el resultado como probable pero confía temerariamente en su capacidad, habilidad, o pericia, para que el resultado lesivo no se produzca; y, la *culpa inconsciente o sin representación* en la que el sujeto deja de prever lo que es normalmente previsible por falta de debido cuidado o diligencia.

Con este breve prefacio, en resumen podemos manifestar que en un tipo penal vamos a encontrar elementos objetivos y elementos subjetivos del tipo penal. Como elementos objetivos podemos mencionar la conducta, la relación o nexo causal, y el resultado que es una consecuencia de la actividad del acto con el resultado. Como elementos subjetivos del tipo penal podemos referirnos al actuar doloso o culposo, a los elementos normativos del tipo penal, y a las otras intenciones o finalidades del sujeto. Pensemos en el caso del *lavado de activos* en que esas posteriores finalidades se pueden o no cumplir, como cuando se tiene la intención de aplicar *activos maculados* para adquirir una casa, comprar un vehículo, o pagar la educación de los hijos en una Universidad en el exterior, pues podría ocurrir que tales finalidades se incumplan, sin que esto enerve la existencia del delito.

²⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, en *Manual de Derecho Penal*, op. cit., pp. 67-84, pp. 119-143. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ta. Edición Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 371-426.

Importa al momento destacar que un elemento del tipo penal objetivo está constituido por el *objeto material* sobre el cual recae cualquiera de las formas modales de la adecuación típica a través de los diferentes vicios rectores, este *objeto material* en nuestra legislación está contemplado bajo el concepto de *activos* (que a su vez puede estar constituido por dinero, bienes, valores, etc.). Para José Daniel CESANO, “el objeto material del tipo en examen lo constituye el dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado el autor del blanqueo. En rigor, la referencia al dinero resulta redundante; dado que, éste, queda comprendido en la categoría, más general, de bienes.

Por bienes, se entenderá cualquier beneficio que tenga significación económica, sea dinero, cosas (muebles o inmuebles) o derechos; los que, además, deberán estar en el comercio; de manera que sean susceptibles de que alguien los convierta, transfiera, administre, venda, grave o aplique de cualquier modo, de forma que puedan adquirir la apariencia de un origen lícito.

No obstante la notable amplitud del objeto material, la lectura del precepto permite apreciar que se ha establecido un límite cuantitativo: el delito se configurará siempre que se verifique que el valor de los bienes con apariencia de origen lícito supere el quantum de cincuenta mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

Precisamente, sobre este aspecto, se ha generado un interesante debate —con incidencia sobre el tema del presente trabajo— respecto a la naturaleza jurídica que ostenta dicho límite. En tal sentido, dos son las posturas prevalecientes: hay quienes sostienen que se trata de una condición objetiva de punibilidad (a); en tanto que, otros, lo califican como un elemento objetivo del tipo (b) que, como tal, deberá ser abarcado por el dolo.

Por nuestra parte, consideramos, que la referida limitación constituye una condición objetiva de punibilidad. No se nos escapa,

ciertamente, el arduo debate existente en derredor de la ubicación dogmática de tal concepto. Sin embargo, compartimos la opinión de Vives Antón y Cobo del Rosal en cuanto a que, estas condiciones “no desempeñan una función estructural en la noción de delito: la infracción está ya completa, con independencia que concurren o no. Repercuten tan sólo sobre la penalidad, en base a consideraciones político criminales, de naturaleza material. Y no hacen desaparecer ni la tipicidad, pues esta ya ha sido afirmada, ni tampoco la obligada y abstracta referencia conceptual a la pena (punibilidad), sino que condicionan, únicamente, la punición, esto es, la fase aplicativa de concreción de la punibilidad. En síntesis, de su afirmación se hace depender la concreta aplicación de la pena”²⁸.

Aparece igualmente como una exigencia del objeto material de la figura de blanqueo de capitales que los *activos* provengan o hayan sido obtenidos como consecuencia de la comisión de un delito por parte de otra u otras personas, allí está el *origen maculado* de los mismos. Entonces es cierto que *el vínculo entre el bien que se pretende legitimar y el delito previo es fundamental para la configuración del lavado*.

Sobre el tema es importante la opinión del destacado jurista argentino y profesor de la Universidad de Córdoba, José Daniel CESANO, que al responder a la interrogante de cuál es la naturaleza jurídica de tal exigencia, expresa que se trata de un *elemento normativo* del tipo penal objetivo, que debe verificarse a través de un proceso intelectual o valorativo.

Agregando, que diversas cuestiones merecen analizarse respecto de esta exigencia típica:

²⁸ CESANO, José Daniel, en trabajo monográfico, *Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen ilícito*.

“a) En primer término, la clase de delitos previos. Desde una perspectiva *ius* comparada, dos son los modelos más frecuentes: por un lado, **está el del catálogo o listado de delitos** y, por otro, el modelo consistente **en indicar todos los delitos en general**. El primero de ellos es el utilizado, por ejemplo, en la normativa uruguaya y brasileña; el segundo, en cambio, es empleado, verbigracia, por la legislación española y la nuestra. Bien es verdad que, como ya lo expusiéramos, el legislador argentino, al redactar el tipo receptado por el artículo 278, inciso 1º, letra ‘a’, estableció un límite cuantitativo (que los bienes objeto del blanqueo superen los cincuenta mil pesos). Tal circunstancia, empero, no torna singular a nuestro Código – desde la óptica del modelo adoptado – por cuanto, la ley, en definitiva, termina por incluir a todas las formas de criminalidad, sin especificar ninguna en particular.

b) Otro aspecto relevante está constituido por la circunstancia de que, los bienes que se reciclan, deben provenir de una conducta penalmente tipificada como delito, sea ya en el Código Penal o en una ley especial o complementaria. Quedan, por tanto, excluidos aquellos cuyo origen se vincula con una infracción penal administrativa o cualquier otro ilícito que no sea de naturaleza penal. Tal conclusión se deduce, dogmáticamente, de la ubicación sistemática que se le diera al blanqueo de activos en nuestro sistema legislativo. En efecto, si nuestro legislador (y más allá del carácter pluriofensivo que señaláramos) concibió a esta figura como un desprendimiento del encubrimiento, al admitirse, pacíficamente, que éste únicamente puede tener como presupuesto sólo delitos penales, quedan, entonces, descartadas otras formas de ilicitud (por ejemplo: penal administrativa).

c) Finalmente, en cuanto a la relación entre el delito previo y el objeto material del blanqueo, a partir de cánones interpretativos lingüísticos y genéticos, parece indudable que, el Código comprende no sólo a los bienes directamente obtenidos a través del

delito sino, también, a los bienes subrogantes; esto es, los sustitutos de aquellos que fuesen producto inmediato del ilícito antecedente”²⁹.

Las expresiones del profesor CESANO son válidamente aplicables para el modelo ecuatoriano, pues nuestra legislación contempla la modalidad de tipo penal abierto, en cuanto a los bienes que pretende proteger es pluri ofensiva, y la adecuación típica es omnicomprendensiva de todos los delitos y no de un señalado catálogo. A lo expresado sumemos que tenemos un límite de cinco mil dólares por debajo del cual la conducta no es delito, y esto también lo hemos expresado como una *condición objetiva de punibilidad*.

Con respecto a la clase de dolo que se requiere para que se cumpla con el *tipo penal subjetivo*, es suficiente la presencia del *dolo eventual* no es imprescindible que sujeto activo actúe con *dolo directo* de primer o segundo grado o de *consecuencias necesarias*.

Recordemos que *el dolo es el actuar con el querer de un resultado típico*, de manera que el dolo es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo.

Este dolo debe comprender dos aspectos fundamentales:

- a) El conocimiento del origen ilícito de los bienes sobre los que se opera, esto es el dolo en cuanto al objeto material.
- b) La percepción que debe tener el autor acerca de las consecuencias posibles de su conducta y la voluntad de llevarla a cabo, esto es el dolo en cuanto a la acción típica.

²⁹ CESANO, José Daniel, en trabajo monográfico, *Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen ilícito*.

En cuanto al primer elemento de que el autor conozca la procedencia delictiva de los *activos* que son materia del potencial *lavado*, para nosotros es suficiente el *dolo eventual*, vale decir que es suficiente el conocimiento del autor de que los *activos* tienen un origen delictivo o *maculado* y la voluntad de realizar la conducta típica, sin que tales comportamientos deban estar guiados por una finalidad específica, como la de que los *activos maculados*, adquieran una apariencia de legalidad. Puede existir este *plus* como finalidad para el *lavador* pero su consecución no es relevante para la adecuación típica.

En ocasiones se ha planteado la discusión en torno a la oportunidad en la que el sujeto activo debe adquirir ese conocimiento de la procedencia *maculada* de los *activos*. Estamos en la línea de quienes admiten que tal conocimiento, debe existir al momento de la adecuación típica. No cabe plantear aquí un *dolo antecedente* ni un *dolo superviniente*.

Otro aspecto interesante que se plantea es el relacionado con las dificultades procesales con respecto a la existencia de este conocimiento por parte del sujeto activo. Este es un aspecto que tiene que ver con la prueba en el proceso penal, que a veces puede resultar fácil cuando media la aceptación por parte de un imputado del origen *maculado* de sus *activos*, pero si esto no fuese así debemos recurrir a la presencia de *indicios* de los que puede extraerse una *presunción sostenible* en un proceso penal.

En cuanto al segundo elemento, en lo relacionado con las particularidades del dolo respecto a la acción típica, no es necesario ni imprescindible que en verdad medie el ánimo o la intención de ocultar el origen o de legitimar los *activos maculados*, bastando con que se cree la posibilidad de que ello suceda, aunque no sea esa finalidad la que en concreto quiera el sujeto. En un momento dado podría ocurrir que el sujeto conozca el antecedente u origen *maculado* de determinados *activos*, y obre con la apariencia de que

quiere ayudar a *lavar* esos *activos* pero en realidad se apropia de los mismos, bien antes de *lavarlos* o cuando ya han sido *lavados*. La finalidad ha sido la de apropiarse de *activos* que sabe que tienen un origen *maculado* y en el momento de tenerlos bajo su custodia el delito se ha perfeccionado por la sola tenencia o posesión. Puede ser que la finalidad haya sido la de beneficiar a terceros, pero esto es indiferente, aunque para el tercero podría mediar un *error de tipo* o un *error de prohibición*.

El error también puede recaer sobre los hechos, vale decir sobre lo que se denominan circunstancias fácticas, relativos a la proveniencia de los *activos maculados*. Por ejemplo: creencia de que aquellos tienen una procedencia legítima cuando, en realidad, ocurre lo contrario. En tal caso, el intermediario o aparente *lavador* se encontrará en un error de tipo que excluye el dolo. Para el profesor CESANO, “*si esta eximente es invocada como defensa, en virtud del principio jurídico de inocencia, corresponderá al órgano acusador demostrar lo contrario*”.

En un tema interesante y controversial, como es el que tiene que ver con la equivocada percepción del *lavador* de que los hechos que conoce no constituyen delito, acudimos al aporte inestimable del ilustre catedrático de Córdoba, José Daniel CESANO el mismo que expresa. “*la situación que más debate interpretativo ha generado, se vincula con la siguiente situación particular: el autor conoce que los bienes provienen de determinados hechos, pero no alcanza a comprender que esa plataforma fáctica constituye delito*”. En palabras de BARRAL: el agente cree, por ejemplo, “*que por los antecedentes con que cuenta acerca del hecho del cual proceden los bienes, éste no configura delito sino una maniobra para eludir impuestos*” que sólo merece sanción como infracción administrativa.

Si se está de acuerdo con respecto a nuestra caracterización de la exigencia típica del delito previo (y su vinculación con los bienes que se reciclan) como un elemento normativo de la figura; fácil

será advertir que, lo subyacente en el fondo de esta discusión, no es otra cosa que el funcionamiento de la teoría del error con respecto a estos componentes valorativos.

Se trata de una cuestión que, desde antiguo, viene siendo objeto de posturas discrepantes, en el ámbito de la criminalidad económica y, en particular, respecto de los delitos tributarios. Es así que, mientras para algunos autores, se ha propuesto establecer reglas diferentes para el tratamiento del error de prohibición en el Derecho penal accesorio (incluyéndose —en algunos casos— dentro de esta categoría conceptual al llamado error de subsunción); otros, en cambio, vienen sosteniendo la necesidad de reducir la órbita de aplicación del error de prohibición a favor de la del error sobre el tipo.

Por nuestra parte, consideramos que, estos casos, deben ser analizados bajo las reglas del error de tipo. Para fundar esta afirmación, parece esencial recordar los argumentos vertidos por Francisco MUÑOZ CONDE. Sostiene este autor —en opinión que compartimos— que, los elementos normativos (cuando son utilizados por el legislador) tienen una gran significación en la caracterización del hecho como un hecho típico, y por tanto, relevante jurídico-penalmente.

En efecto, desde el momento en que sin la constatación de estos elementos el hecho carece de relevancia jurídico-penal, los mismos deben ser considerados como *“elementos de la tipicidad misma y, por tanto, el error sobre ellos un error excluyente del dolo típico de estos delitos”*. La conclusión anterior, resulta obligada *“si se atiende al carácter secuencial de las categorías del delito, pues obviamente si éstas tienen algún sentido, éste no es otro que el de ir resolviendo progresivamente en cada escalón o fase lo que es propio de cada una de ellas”*.

Sobre la base de la premisa anterior -y ahora ya en relación concreta con el delito analizado- consideramos que, si la conciencia

(por parte del autor) de que los bienes proceden de un delito, es un elemento normativo del tipo; este conocimiento exige en el agente realizar, previamente, un proceso de valoración. Ello porque, en las circunstancias normativas del hecho, el conocimiento presupone una comprensión intelectual, y sin esta comprensión o valoración faltará el dolo. Pero –como lo ha sostenido CALLEGARI– esta valoración o comprensión intelectual de los elementos normativos que caracterizan el dolo típico en los delitos de blanqueo no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley (en nuestro caso: apreciación técnico-jurídica del giro legal **“provenientes de un delito”**), sino que basta que el contenido de significado social del suceso incriminado aludido con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Por eso es que la doctrina utiliza la expresión de *“valoración paralela a la esfera del lego”*; y tal valoración se corresponde con el conocimiento necesario para el dolo. En el delito de lavado de activos, dicho conocimiento se agota con la conciencia actual (esto es: existente al momento de realizar las conductas típicas) de la relación previa de los bienes que se reciclan con el delito precedente. De allí que, cuando el sujeto actúa, creyendo –para volver al ejemplo original– que los bienes sobre los cuales recae su conducta no proceden de un delito sino de una mera infracción administrativa, estaría actuando amparado por un error de tipo”³⁰.

El iter críminis y el proceso de lavado de activos

Hay determinado tipo de delitos que por su estructura se convierten en tales por la sola manifestación de la conducta, de manera que no se requiere de otro resultado exterior pues la sola manifestación conlleva implícito el resultado. Esto ocurre en los llamados *delitos de mera actividad de resultado inmaterial*. Esto permite que en un momento dado se pueda sostener que por ejemplo no es

³⁰ CESANO, José Daniel, en monografía citada, *Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen ilícito*.

posible la *tentativa de atentado contra el pudor* porque el mismo es punible desde que hay principio de ejecución.

En el tema de *lavado de activos* y dado que sus formas modales son de una enorme onda expansiva o de aprehensión en algunos casos se podrá admitir la *tentativa* y en otros será necesario que se llegue a la *consumación* del delito, dejando por fuera la fase del *agotamiento* que para nosotros es un *plus* que puede o no cumplirse.

Por ello debemos referirnos al *iter criminis* y al proceso de ejecución del delito referido al lavado de activos, pues pensemos en algunas posibilidades típicas: a) Se contrata a un abogado para que constituya o si está constituida ya, se le compran *compañías de papel*. Si para el abogado le es ajeno o indiferente el fin que se le dé a las compañías su actividad allí termina, y para él debe funcionar correctamente la *imputación objetiva* para concluir que no se apartó de su *rol* y que debe aplicarse en su favor la llamada *prohibición de regreso*, de manera que como correctivo de la adecuación típica no se le pueda imputar objetivamente el resultado final. b) Si el abogado fuese parte de la organización criminal y en el proceso de ejecución del *lavado de activos* constituye las *compañías de fachada* o *de papel* pero el activo (que puede ser dinero) es impedido de llegar a su destino final para ser *lavado* por cualquiera que fuese la causa, pensemos que se accidenta el barco, se pierde la carga, etc., podría quedarse su conducta en la fase de *tentativa*. c) El abogado es parte de una organización criminal y en cumplimiento de su rol constituye las compañías de papel, y se llegan efectivamente a *lavar los activos maculados*. En este caso hay plena adecuación típica de todos los miembros de la organización criminal que deben responder por el delito en cualquiera de las formas modales a que se refieren los artículos 1 y 14 de la Ley de *lavado de activos* de Ecuador de 2005, auxiliados por las previsiones que contempla la Convención de Viena de 1988.

Recordemos que en las etapas de realización del delito doloso encontramos: La ideación. Preparación. Ejecución. Consumación.

La acción dolosa es punible no solamente cuando se dan los elementos que comportan el tipo objetivo y subjetivo, esto es cuando se produce la consumación –siempre que el autor sea reprochable o culpable- sino que en determinadas circunstancias aún faltando algún elemento requerido por el tipo objetivo es punible el acto que calificamos como *tentativa*.

Como expresa el Prof. Enrique BACIGALUPO es necesario delimitar el comienzo de la punibilidad pues “*dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en qué momentos el autor ingresa en el límite de lo punible, y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista*”³¹.

Por respecto al principio de *seguridad jurídica* se demanda que la etapa anterior a la realización plena del delito haya alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda ser reputada como típica. El delito se inicia como una idea que se encuentra en la mente del autor cuyo proceso empieza con ella (con la idea) para ir pasando por estadios sucesivos, la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento cuando éste forma parte del ejercicio de la actividad final del autor. Todo este largo proceso es lo que denominamos *iter criminis*; como decía el Prof. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA el *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde la ideación hasta el agotamiento, y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. “La fase interna sólo existe mientras el delito encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación”³².

³¹ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984, p. 163.

³² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1970, p. 225.

Aunque se diga que no hay más que estas dos fases, se puede admitir entre ambas una fase intermedia que es la de la *resolución manifestada* en la que aún no existe una auténtica fase externa pero sí expresiones de resolución como la *proposición*, la *conspiración*, etc. En la etapa de *ideación* que se desarrolla en el fuero interno -en la mente del sujeto- éste elabora un plan para llegar a la comisión del delito, se propone los fines a los que se dirigirá su acción y escoge los medios que considera idóneos para conseguir los fines. En esta *fase interna* puede haber la tentación de delinquir y el sujeto puede aceptarla o no; puede retornar la idea y producirse un proceso de *deliberación* interna que como resultado lleve al sujeto a rechazar la idea o a aceptarla, y hasta podría darse la opción que le proponga a otro que lo haga, que lo induzca, etc.

Pero desde qué momento el *iter criminis* ingresa en los predios de la punibilidad? Un antiguo aforismo que proscribía la penalización de las ideas o del pensamiento, *cogitationis poenam nemo patitur*, nos da la respuesta al expresar que el pensamiento no puede soportar ninguna pena. Agregamos que de no ser así, estaríamos en el campo del pecado y no del delito y que no habría diferencia ontológica entre los mismos. Este aforismo fue proclamado como principio legislativo en el *Digesto* expresando don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA que “*mientras el proceso del iter criminis se mantiene en lo íntimo del agente, no puede decirse que ha comenzado el acto punible. Las ideas no delinquen. Hermosa afirmación que ha costado tanto mártires —como Barni proclama— y que, por todos los medios se trata hoy de burlar*”³³.

Terreno de difícil delimitación es el del momento de la penalización en el *iter criminis* pues esto está sujeto a la normativa contemplada en un código penal y a la forma como se puede utilizar perversamente el sistema penal como refinado instrumento de control social y dominación política.

³³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit. p. 229.

En la fase de *preparación* el autor dispone de los medios escogidos con el objeto de crear las condiciones que le permitan la obtención del fin o fines. En la fase de *ejecución* se produce la utilización concreta de los medios que se han elegido para la realización del plan. Resulta difícil poder delimitar la preparación de la ejecución. La distinción “*sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir en relación a los tipos penales individuales de la ley penal*”³⁴. La fase de *ejecución* es comprensiva tanto del acto incompleto del autor, como de la total realización del mismo según el plan trazado para llegar a la consumación, vale decir que aquí consideramos tanto la *tentativa inacabada o tentativa* y el delito frustrado o fallido. La *consumación* es la obtención del fin propuesto y planeado mediante la utilización de los medios escogidos con tal finalidad. Para efectos de la punibilidad sólo interesan las etapas de ejecución y de consumación.

De *lege ferenda* la ideación y la preparación no tienen relevancia penal, y algunos códigos como el argentino adoptan la fórmula del *principio de ejecución* (Art. 42). Esta fórmula legal amplía la tipicidad hasta abarcar actos que contemplan un principio de ejecución del delito; ha sido tomada del código penal francés y “*deja fuera del ámbito de la tentativa los actos preparatorios previos a la ejecución del hecho. Sólo por excepción se tipifican en la parte especial algunos actos preparatorios, como la asociación para delinquir o la conspiración para cometer traición*”³⁵.

El Prof. Hans-Heinrich JESCHECK admite en principio que los actos preparatorios permanecen por lo general impunes porque están demasiado alejados de la consumación como para conmo-

³⁴ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 164.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Cuarta Edición, EDIAR, Buenos Aires, 1985, p. 601. Para el Prof. Enrique BACIGALUPO, “preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico”, op. cit., p. 164.

ver seriamente el sentimiento jurídico de la comunidad y que además en aquellos no sería claramente demostrable la existencia del dolo, agregando que “*sólo por especiales razones de política criminal considera el legislador conveniente castigar excepcionalmente los actos preparatorios*”³⁶.

En casos como los de la imitación o falsificación de matrices, clisés, planchas o cualesquiera otros objetos que sirvan para la fabricación de timbres, acciones, obligaciones, cupones y billetes de banco (Art. 330 del Código Penal ecuatoriano) no se trata en verdad de actos preparatorios sino de verdaderos actos de ejecución en los que el legislador ha desplazado la protección del bien jurídico —en este caso la fe pública— hasta esas acciones; puede admitirse que se trata de verdaderos *delitos autónomos* como ocurre cuando se trata de los *delitos contra la salud* en que se sanciona por ejemplo la venta de sustancias que pueden alterar la salud o causar la muerte o que se vendan sabiendo que debían servir para falsificar sustancias o artículos alimenticios (Art. 429 Código Penal ecuatoriano).

Las resoluciones manifestadas: proposición y conspiración

Nos parece razonable la propuesta de considerarlos como tipos penales de *delitos autónomos* pues le corresponde al legislador fijar el límite de merecimiento de la protección penal del bien jurídico. Cuando la legislación positiva de un país no consigne la *proposición* y la *conspiración* como tipos penales con autonomía en la parte especial, deberán ser consideradas como actos preparatorios; en el evento contrario dejarán de serlo, vale decir que tendrán plena autonomía. La *proposición* y la *conspiración* que son las formas comúnmente aceptadas de resolución manifestada, tienden a un delito determinado (se dice que entre otras podrían

³⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 712.

ser la *provocación, instigación, excitación*) “y además se diferencian de los actos preparatorios en que estos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino verbales meramente”³⁷.

Si al acto de proponer o conspirar se agrega la toma de armas, requisa de vehículos, etc., nos encontraríamos con un verdadero concurso real de delitos.

En la manifestación de voluntad hay una exteriorización mediante un acto que no debe ser necesariamente un acto jurídico, que no es constitutivo de acto preparatorio y menos de tentativa, faltando la infracción de la objetividad jurídica. Excepcionalmente esas resoluciones manifestadas son penalizadas y eso depende de lo que debe entenderse como el *buen uso* de las invocadas razones de *política criminal* que permiten incluso legitimar actos de abuso del poder político bajo el argumento de la *peligrosidad social* de ciertas exteriorizaciones.

Como bien dice el Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA “la penalización de la proposición y conspiración es el barómetro- que indica el grado de liberalismo o reacción que goza o sufre el país en que se contienen esas disposiciones”³⁸. El insigne maestro español sin duda puso las primeras bases para discutir lo que hoy conocemos como *el derecho penal del enemigo*, por la posibilidad de la penalización de los estados previos incluso a la tentativa para cometer el delito.

Participamos de la tesis de que, el *iter criminis* comprende todo el proceso desde la ideación hasta el agotamiento³⁹. Hemos distinguido dos etapas la *interna y la externa*, la primera es la de la planifi-

³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 263, para quien además la proposición y la conspiración, por otro lado, se diferencian de la tentativa en que, a semejanza de los actos preparatorios, no entran en el núcleo del tipo (empezar a robar, empezar a matar, etc.).

³⁸ Ibidem., p. 268.

³⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *La tentativa*, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1974, p. 9.

cación e intención de delinquir sin exterioridad, esto es simple ideación con la característica de que sus actos no son punibles de acuerdo con el principio *cogitationis poenam nemo partitur*, lo que lleva a decir al Prof. Enrique CURY URZUA que “*toda esta etapa complicada y a veces cronológicamente extensa es irrelevante para el ordenamiento jurídico sino se exterioriza de cierta manera y en determinada medida*”⁴⁰.

En la fase de *deliberación* se produce una lucha interna entre la idea y la repulsa moral al delito pudiendo el sujeto rechazar la idea criminal o puede acontecer que los mecanismos de inhibición no sean suficientes y se decida en su intimidad —subjetividad— a delinquir⁴¹. En la *fase intermedia* situamos la resolución manifestada en que se exterioriza la idea criminal mediante la palabra⁴², lo que produce excepcionalmente conductas delictivas. En el código penal ecuatoriano determinadas resoluciones manifestadas son constitutivas de delito probablemente por el *peligro* que se le atribuya a ciertas resoluciones como la *proposición*, la *conspiración*, la *amenaza* y la *instigación*, así como la *apología del delito*.

La *proposición* es la invitación que formula quien se resolvió a delinquir que busca cooperadores en su empresa criminal y la *conspiración* es el acuerdo o concierto para ejecutar un delito, que “*solo serán reprimidas en los casos en que la Ley determina*” (Art. 17 Código Penal ecuatoriano). El desistimiento voluntario de la ejecución opera como excusa absolutoria si éste tiene lugar antes de que se promueva el ejercicio de la acción penal. Estos tipos penales están ubicados en el Título de los delitos que ponen en peligro la seguridad del Estado a partir del artículo 115.

⁴⁰ CURY URZUA, Enrique, *Tentativa y delito frustrado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 9.

⁴¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, edit. Graba, Guayaquil, 1984, p. 146.

⁴² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, op. cit., p. 11.

En el Título de los delitos contra la seguridad pública se penaliza la asociación o reunión formada con la finalidad de atentar contra las personas o las propiedades, existiendo delito por la sola conformación de la asociación independiente de la producción de un resultado materialmente apreciable (Art. 369). Creemos que este tipo de delitos de un *sui generis peligro presunto o abstracto* debe desaparecer de la parte especial. Otro tanto ocurre con el delito de *intimidación* (Art. 377 y siguientes) en que se pena la sola amenaza verbal o escrita, anónima o firmada por el riesgo en que se encuentra la persona amenazada.

La *apología del delito* (Art. 387) esto es la pública exaltación de las bonanzas del delito, de sus beneficios, se pena por el peligro del contagio criminal que puede producir en quien la recibe. La *instigación* o sea la pública incitación a cometer un delito (Art. 386) contra una determinada persona o institución es penalizada por el peligro que conlleva para la seguridad de las personas o instituciones, indiferente de la aceptación por parte de los instigados. Debe reconocerse la autonomía típica de la intimidación o amenaza, la provocación o apología de un delito y la instigación para delinquir.

En la provocación a duelo (Art. 481) hay una verdadera resolución manifestada pues el sujeto planifica previamente y luego resuelve exteriorizar su decisión interna de batirse a duelo mediante expresiones verbales o escritas. Aquí se invoca como argumento legitimador de la penalización la necesidad de mantener la pública tranquilidad y proteger el bien jurídico vida, de cualquier riesgo.

Nos parece que en el tema del *lavado de activos* tanto la *proposición* como la *conspiración* son punibles.

La tentativa: concepto

De la tentativa se dice que es dispositivo amplificador del tipo penal⁴³, forma ampliada o ampliatoria de la adecuación⁴⁴. Y es que el *problema* no se centra únicamente en encontrar el límite preciso para separar los actos preparatorios de aquellos que comportan un principio de ejecución sino que se llega a considerar a la tentativa como un delito con contenido propio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, “*porque su estructura es semejante a la de todo hecho punible*”⁴⁵. No hay un delito autónomo que permita penalizar el intento o *conato* de conductas ilícitas en general sino la sanción para la tentativa de un delito determinado en la parte especial del código penal.

Autores como el maestro Francesco CARRARA, la han considerado como un *delito imperfecto*, por nuestra parte la consideramos como un delito subordinado o en relación con un delito consumado, ya que el estudio de la tentativa de una conducta se realiza en referencia a un tipo penal de la parte especial que no llega a su completa realización por una actividad ajena a la intención del agente. Esto es que acerca de su *naturaleza*, hay quienes aprecian a la tentativa como *delito incompleto* y como tipo *independiente*. En la primera posición no se dan todos los caracteres del tipo, porque la conducta se detiene en la etapa de ejecución que no llega a concretarse plenamente produciéndose un resultado cortado. Con la segunda posición se pretende que la tentativa sea admitida como un tipo independiente como cualquier otro, esto nos llevaría a tener que ubicar a la tentativa en la parte especial y a tipificar la tentativa para cada uno de los delitos susceptibles de la misma.

⁴³ REYES, Alfonso, *Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 169.

⁴⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 203 y ss.

⁴⁵ CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 12.

En nuestro sistema —codificación de 1971— cuando estudiamos la *tentativa* debemos proporcionar criterios para expandir el ámbito de la penalidad a aquellos *actos idóneos* sin que tengamos elementos prefijados para su determinación. Aquí será de vital importancia tratar sobre el efecto del desistimiento de los actos ejecutivos idóneos para producir el delito consumado, así como la situación excepcional de considerar como delito consumado tipos penales de resultado cortado en que la protección de determinados bienes jurídicos reputa al principio de ejecución como delito autónomo, siendo ese el tratamiento que se le da en el Ecuador *al atentado contra el pudor*, expresando nuestro código penal “*el atentado existe desde que hay principio de ejecución*” (Art. 508), lo que nos ha permitido decir que no existe en nuestra legislación *tentativa de atentado contra el pudor*⁴⁶.

La *tentativa* tiene que ser estudiada como dispositivo que complementa el tipo penal o tipos penales contemplados en la parte especial del código penal, pero que por razones de técnica legislativa se la ubica en la parte general del código con fines de economía, apareciendo subordinada así al tipo de la parte especial, pues se completa el contenido mediante un reenvío a ella⁴⁷. Nuestro código vigente tiene una fórmula comprensiva de la tentativa o *conato* y del delito frustrado o *fallido*, expresada en su Art. 16: “*Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica*”. Desde el ámbito de la penalidad su sanción es igual aunque sabemos que con propiedad el *delito tentado* tiene lugar cuando el sujeto no finaliza la actividad delictiva, como en el caso de que fuese descubierto e impedido de ejecutar el disparo mortal, en tanto que habrá *frustración* cuando finaliza su actividad delictiva pero el resultado querido o buscado no se produce, como cuando el agente llega a disparar y no

⁴⁶ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, op. cit., p. 144.

⁴⁷ CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 27.

consigue el resultado muerte sino uno menor como sería el de lesiones, esto es que la no producción del resultado no depende de la intención del agente⁴⁸.

No nos queda duda de que la tentativa es un *delito imperfecto* o *incompleto* porque no se cumple el tipo penal objetivo aunque el tipo penal subjetivo si se cumple totalmente. Vale decir que estructuralmente la tentativa comporta el ejercicio de una actividad final y un resultado incompleto, que la conducta además de típicamente imperfecta es antijurídica y que al autor se le puede formular un reproche disminuido de culpabilidad con la consiguiente imposición de una pena menor que la que le correspondería por delito perfecto o completo. El Prof. BETTIOL⁴⁹, afirma que la tentativa entraña un peligro de lesión y no una efectiva lesión de un bien jurídico. Nosotros creemos que hay una efectiva lesión al bien jurídico y no solamente el peligro de lesión cuando se consigue el resultado menor que el propuesto por el agente.

El Prof. PAVÓN VASCONCELOS⁵⁰ propugna una postura conciliadora pronunciándose porque en su estructura se considere a la tentativa como tipo penal autónomo, pero vinculada con el delito consumado al que siempre habrá que relacionarla y sin cuya relación pierde vigencia, por lo que será un tipo penal imperfecto y subordinado. Para MAGGIORE no debemos confundirla con una circunstancia o accidente del delito, aunque no llega a considerarla como un delito *sui generis aparte* porque le otorga una autonomía limitada, concluyendo que “*es una forma degradada del delito, y por esto se lo castiga con menos gravedad que el delito perfecto*”⁵¹.

⁴⁸ BETTIOL, Guiseppe, *Derecho Penal*, parte general, editorial Temis, Bogotá, 1965, p. 480.

⁴⁹ Ibidem. p. 480.

⁵⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, op. cit., p. 29.

⁵¹ MAGGIORE, Guiseppe, *Derecho Penal*, tomo II, editorial Temis, Bogotá, 1972, p. 67.

En el marco normativo los códigos adoptan fórmulas para comprender la *tentativa* y el *delito frustrado o fallido* como acontece con nuestro código en vigencia, aunque el Anteproyecto de nuevo Código Penal se aparta de la redacción del código vigente⁵² para expresar: “*Hay tentativa cuando el agente realiza parte de los actos de ejecución que deberían producir el delito (tentativa) o todos ellos (delito frustrado) y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de su voluntad*”. Con lo cual reemplazamos la fórmula de la *idoneidad de los medios* por la del *principio de ejecución*, aunque expresamos que solamente los actos idóneos serán capaces de producir el resultado, sobre esto se ha dicho que cuando se trata de la tentativa los medios serán siempre no idóneos pues de ser tales el delito habría llegado a la consumación.

Fundamento de su punibilidad

Las diferentes posiciones que se asuman son en más de una ocasión abiertamente inconciliables porque son contradictorias. Se ha pretendido encontrar fundamento para su incriminación en el peligro que corre la víctima de un delito tentado y los delitos imperfectos son políticamente imputables porque al paso que surge en ellos el daño mediato, las funciones del daño inmediato que le faltan, las desempeña el peligro corrido por la sociedad o por el ciudadano atacado⁵³. Otros reafirman el peligro como fundamento de la incriminación siempre que se trate de una situación de peligro apreciable objetivamente. La objetividad la proporciona la lesión potencial de un bien jurídico y su estructura los actos idóneos para producir el resultado y sanción propia que es más leve que la de la consumación⁵⁴.

⁵² Fuimos designados miembros de la pequeña Comisión Redactora del anteproyecto, con los profesores: Ernesto Albán Gómez, Arturo Donoso Castellón, Efraín Torres Chaves(+) y Milton Román Abarca. Puede ser consultado el documento en nuestra pág. Web en www.alfonsozambrano.com

⁵³ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, tomo I, editorial Temis, Bogotá, 1956, p. 240.

⁵⁴ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 479.

Luigi SCARANO se muestra contrario al peligro y a la alarma social para la fundamentación de la tentativa porque “*en la tentativa no se tiene un peligro de violación, sino una violación verdadera, contenida en una norma específica incriminadora*”, y la alarma social “*puede ser el índice de importancia penal de un acto, pero no constituir la razón de la incriminación de la tentativa*”⁵⁵. No se sanciona el peligro en la tentativa porque no es un tipo de peligro sino la violación imperfecta de la norma penal, aceptando que es una forma degradada de un delito perfecto al que le falta la consumación. El criterio de la a veces discutible *alarma social* puede ser fundamento para la incriminación en general de todos los delitos que pueden producir alarma en mayor o menor cuantía. Por otra parte en los delitos culposos y en las contravenciones puede darse la *alarma social* sin que tales comportamientos sean susceptibles de tentativa. Por ejemplo en los delitos de tránsito.

Para más de un autor como MANZINI⁵⁶ se justifica la punibilidad de la tentativa porque hay “*una violación verdadera y propia del precepto contenido en la norma*”. En el delito consumado se adecúa la conducta a la ley en su totalidad o integridad, y en el delito tentado hay violación a la norma que nos dice por ejemplo *no matar, no robar*; y con la tentativa se *empieza a matar, se empieza a robar*. La ley penaliza no sólo la violación total de la norma penal sino que sanciona además el *intento* de hacerlo aunque el evento no llegue a tener su plena productividad, lesionándose el bien jurídico tanto en la consumación como en la tentativa. El recordado Prof. REYES ECHANDIA, consideraba que la fundamentación de la punibilidad en la tentativa residía en su autonomía jurídica lo mismo que en el delito consumado, que manifiestan la voluntad de producir la ofensa de un cierto delito⁵⁷.

⁵⁵ SCARANO, Luigi, *La tentativa*, editorial Temis, Bogotá, 1960, p. 39 y 90.

⁵⁶ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Ediar editores, Buenos Aires, 1950, p. 176.

⁵⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso, op. cit., p. 171.

Teoría objetiva

Toma en consideración criterios objetivos, esto es que se penaliza la tentativa por la puesta en peligro de un bien jurídico de manera que la *tentativa inidónea* o *delito imposible* en que no hay puesta en peligro de un bien jurídico no sería punible.

Teoría subjetiva

Legitima la penalización de la tentativa porque revela una voluntad contraria al derecho. De conformidad con esta teoría, como la voluntad contraria al derecho está presente en el delito consumado y en el tentado la pena debería ser igual en ambos casos. Esta teoría no tiene cabida en nuestro sistema en que la tentativa como consecuencia de un reproche de menor disvalor amerita una pena menor.

Con un criterio positivista se atiende solamente al autor y se funda la punibilidad en la peligrosidad del autor. De acuerdo con la *teoría de la prevención general* se dice que se pena porque es peligrosa cualquier conducta que en la comunidad produce la impresión de una agresión al derecho, que perjudica la segura validez en la consciencia de la comunidad; con lo cual nos remitimos al criterio ya cuestionado de la *alarma social*.

El código penal ecuatoriano en el artículo 46 no ha escapado de la influencia positivista de la peligrosidad del agente activo y el del peligro sufrido por el paciente⁵⁸, apareciendo un cierto criterio objetivo - subjetivo para la determinación de la pena. Se debe tomar en consideración el peligro de lesión para el bien jurídico y el peligro de consumación, existiendo una violación imperfecta

⁵⁸ El Art. 46 dice, "Los autores de tentativa sufrirán una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado.

Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado".

de la norma penal por la falta de un resultado completo. El resultado es querido por el agente en su totalidad y su no producción se produce por causas ajenas al ejercicio de su actividad final.

El Prof. ZAFFARONI se pronuncia por una *doble fundamentación* porque en ella hay *dolo* o sea el ejercicio de una concreta voluntad final que se dirige a un resultado que afecta a un bien jurídico y la exteriorización de ese dolo implica siempre la *afectación de un bien jurídico*⁵⁹. Compartimos la afirmación de que en la tentativa siendo delito incompleto al igual que en cualquier delito se requiere de una tipicidad objetiva y subjetiva, pero nos resulta cuestionable que en la *tentativa inidónea (delito putativo)* se afecte realmente un bien jurídico penalmente tutelado. Así resolvemos la probable tipificación de la *tentativa inidónea* que es impune cuando los medios no son idóneos, pues de lo contrario tendríamos que eximir de la penalización al sujeto que no revele peligrosidad con una probable aunque no querida entronización de un *derecho penal de autor*.

Para fundamentar la punibilidad de la tentativa se intentan criterios objetivos y subjetivos⁶⁰. Extraemos como una consecuencia práctica inobjetable del criterio *objetivo* la no punibilidad de la tentativa inidónea o delito imposible, en tanto que el criterio *subjetivo* permite de *lege ferenda* y en ocasiones en algunos códigos penales, la penalidad como cuando erróneamente se suministra azúcar en vez de veneno para matar. Para la *teoría objetiva la tentativa* es punible por *el peligro que corre el bien jurídico*, más si la pena se fundamenta en la *prevención especial* podría extenderse la teoría objetiva para comprender la *peligrosidad exteriorizada por el autor*.

⁵⁹ ZAFFARONI Eugenio Raúl, op. cit., p. 603. El Prof. BACIGALUPO manifiesta que “el fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en el *disvalor de la acción ya* que el disvalor del resultado no alcanza precisamente a producirse”, op. cit., p. 165.

⁶⁰ El Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA desarrolla magistralmente las teorías objetiva y subjetiva, en el *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pp. 410-442 reconociendo que la contraposición de unas y otras se ha suavizado y hasta se pueden apreciar vetas subjetivas en autores que se afilian a las teorías objetivas.

La teoría subjetiva fundamenta la penalidad en la comprobación de una voluntad contraria al derecho y no en la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

La teoría subjetiva requiere de todas maneras, la existencia de una *acción objetiva* que haya comenzado la ejecución del hecho. Las teorías objetivas no tienen fundamento para aprehender las tentativas inidóneas, en tanto que las subjetivas tienen dificultades para excluir de la punibilidad a las tentativas irreales de las que se sostiene la innecesariedad político-criminal de su punibilidad. Como dice el prof. BACIGALUPO, *“las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro corrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionarlo, aunque no lo pongan en peligro”*⁶¹.

No faltan propuestas propias de un *Derecho Penal del enemigo* que propugnan la punibilidad de la *tentativa inidónea* siguiendo los fundamentos de la teoría subjetiva, aunque requieren una acción que implique un comienzo de ejecución. Otras propuestas siguiendo los argumentos de la prevención *especial*, se inclinan por la supresión de la pena. Nuestro código vigente al referirse a los actos idóneos inequívocos, en la tentativa y en el delito frustrado o fallido, deja fuera de curso la penalidad de la tentativa de delito imposible o inidónea.

La tentativa generalmente implica una puesta en peligro del bien jurídico. Cuando nos referimos a los tipos penales de la parte especial ensayamos incluso una clasificación en tipos de lesión y de peligro⁶², pero cuando se trata de este dispositivo típico accesorio de la tentativa nos estamos refiriendo a una tercera forma de afectación del bien jurídico⁶³. Se afirma que la seguridad jurídica tiene un aspecto objetivo constituido por la posibilidad de

⁶¹ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 166.

⁶² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, op. cit., pp. 133 y ss.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 603.

disposición o de disponibilidad, y otro subjetivo que sería el sentimiento de seguridad jurídica o certeza de la disponibilidad. De esta afirmación aparece la seguridad jurídica como lo que el derecho debe cumplir socialmente, pero en el orden individual la disponibilidad no sólo es afectada con la lesión y con el peligro, sino también cuando la conducta en concreto aunque no ponga en peligro el bien jurídico, *perturba al titular en su disponibilidad*, como resultado de la sensación de inseguridad que la acción le infunde. *“no se trata de que la sensación de inseguridad la tengan los demás (lo que sería afectación de la seguridad jurídica en su aspecto subjetivo, es decir alarma social) sino de la sensación de inseguridad que como resultado de la acción que se percibe como amenazadora, pueda temer el titular del bien jurídico”*⁶⁴.

Se sigue el criterio de que toda acción que se aproxime más o menos a la materialización de una tipicidad penal que afecte alguno de nuestros bienes jurídicos perturba nuestro sentimiento de disponibilidad, no sólo porque siembre un sentimiento de inseguridad jurídica en los demás sino porque inclusive este sentimiento puede afectar en mayor medida a los destinatarios de esa acción típica de resultado incompleto o cortado.

Esta denominada tercera forma de afectación del bien jurídico no consiste en una real alteración o supresión de la relación de disponibilidad por daño o lesión, ni en la alteración de esa relación por la puesta en peligro, sino como dice el Prof. ZAFFARONI, en la alteración por el peligro de perturbación subjetiva del titular de la disponibilidad, es decir que, a lado del daño y del peligro, aparece la *perturbación* como tercera forma de afectación del bien jurídico.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., pp. 603-604.

Elementos del tipo de la tentativa

En la tentativa a diferencia del delito consumado encontramos un tipo objetivo incompleto y un tipo subjetivo completo, sin que se trate de una mera circunstancia atenuante, pues en verdad en la tentativa falta el resultado completo que es constitutivo del tipo objetivo. Como expresa con acierto el Prof. Reinhart MAURACH *“la tentativa es la manifestación de la resolución a cometer un hecho punible doloso por acciones que si bien representan un comienzo de la ejecución no llegan a realizar el tipo perseguido”*⁶⁵ (43).

Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA en una clara posición beligniana se refiere al comienzo típico de ejecución el que se da, *“cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros”*⁶⁶.

Un criterio objetivo-formal no es suficiente para concluir que hay tentativa por la sola apreciación de los actos ejecutados, como es igualmente insuficiente el criterio subjetivo que mira a la sola intención o finalidad del agente, que aunque permite indagar la naturaleza del acto no basta para estructurar la tentativa, de acuerdo con el Art. 16 del Código Penal ecuatoriano vigente, los elementos estarían globalizados por la práctica de actos idóneos, la intención inequívoca de cometer un delito y el incumplimiento del evento querido, por causas extrañas o ajenas a la intención del agente.

⁶⁵ MAURACH Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 172. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal*, parte general, I el hecho punible, Edersa, Madrid, 1982, p. 203 dice: “comete tentativa de un hecho punible el que, de acuerdo con sus representaciones del hecho, se pone directamente a la realización el supuesto de hecho”, con lo que se requiere la decisión de cometer un delito y el comienzo de ejecución del mismo.

⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967, p. 513.

Entendemos por *actos idóneos* aquellos que son capaces de producir un resultado lesivo de un determinado bien jurídico, como por ejemplo, un revólver que es medio idóneo para matar, mas esta idoneidad genérica no nos permite afirmar o negar la tentativa, pues un medio aparentemente inidóneo como el agua azucarada, en una situación específica, como el suministro intencional a un diabético; es idóneo para cometer asesinato.

La idoneidad de los actos puestos en práctica debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias del medio empleado, e incluso a la situación del sujeto pasivo⁶⁷. El empleo del medio o la puesta en práctica de actos idóneos tiene que ser inequívocamente dirigido a la realización de un delito, esto comporta a decir que es inequívoco aquel acto que no se presta a duda o a confusión. Con esta posición puede admitirse la *univocidad* de los actos idóneos para la penalidad de la tentativa, pues sino demuestran de modo inequívoco el fin de cometer un delito, no es posible afirmar que se ejecutaron con la intención de perpetrarlo y que constituyen tentativa.

Parece ser que el problema se soluciona con el análisis de la situación concreta que se presenta, y que el juez resuelve. El acto idóneo e inequívoco tiene el valor sintomático de la intención de delinquir, pero debe ser apreciado valorativamente por el juez en cada caso concreto. La determinación del fin es imprescindible para poder incriminar un acto en un tipo o en otro en la fase de tentativa, como por ejemplo lesiones u homicidio. Como se destaca la intención de cometer un delito, y entendemos a ésta como el querer de un resultado típico o como el obrar dolosamente, debemos concluir que la tentativa sólo cabe admitirla en los delitos dolosos y no en los comportamientos culposos en los que hay el ejercicio de una actividad final imprudente⁶⁸.

⁶⁷ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 485.

⁶⁸ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, op. cit., p. 153.

En los delitos culposos falta la intención o finalidad de cometer el delito que se produce por un actuar que aunque voluntario y finalista es imprudente o descuidado; como expresa CURY URZUA, *“la tentativa es una conducta desaprobada a causa del fin que perseguía y no obtuvo, porque su ejecución era defectuosa. El delito culposo es una conducta desaprobada a causa de que no se obtuvo el fin perseguido, sino otro porque se la ejecutó en forma defectuosa”*⁶⁹. Igualmente en nuestro sistema penal no es punible la tentativa contravencional, sancionándose únicamente las contravenciones consumadas.

Puede darse también la tentativa de los delitos calificados por el medio como en el caso del asesinato, siendo las circunstancias de lugar, tiempo, modo, medios, relaciones entre ofensor y ofendido, etc., las que nos podrán llevar a este convencimiento; de manera que si el agresor toma la decisión de emboscar a su víctima que transita desarmado, en tanto que el agresor se encuentra provisto de un arma de gran calibre, y es sorprendido en el momento en que va a consumar el delito, esto es en el principio de ejecución, nos encontraremos con el *delito de asesinato tentado*. Si el agresor en las mismas circunstancias fácticas dispara el arma y no logra impactar a la víctima o si impactándola sólo consigue hierirla y no matarla, estaremos en presencia del *delito fallido o frustrado*.

Lo mismo se podría decir de la utilización de un medio idóneo para matar como el veneno si el resultado querido no se produce por causas ajenas a la finalidad del agente. Sea porque es descubierto antes de que la víctima ingiera el veneno (tentativa) o que ingiriéndolo no se produzca el evento buscado (frustración) esto es que falle por causas ajenas a la intención del sujeto.

Doctrinariamente ubicamos a la tentativa entre la preparación y la consumación, diferenciándose de la primera en que se inicia ya la

⁶⁹ CURY URZUA, Enrique, op. cit., p. 100.

inmediata irrupción en la imagen rectora del delito como dice el Prof. MAURACH, y en cuanto a la consumación, que no se realiza plenamente la parte objetiva del tipo pero sí la parte subjetiva. Es pues característica de la tentativa, que no se realice objetivamente la voluntad final de consumación, vale decir, que la tentativa será una manifestación delictiva con una falta en el tipo objetivo porque no se consigue el resultado al que dirige su actividad dolosa el sujeto.

El *tipo objetivo* está constituido por el comienzo de ejecución de la acción típica y el *tipo subjetivo* por el dolo y los demás elementos subjetivos del tipo. Por razones metodológicas empezaremos la revisión del *tipo subjetivo de delito tentado*.

Tipo subjetivo

Estará conformado por el dolo y los demás elementos que requiera el tipo subjetivo. Al referirse a lo que denomina la totalidad de los *elementos subjetivos del supuesto de hecho* del delito respectivo, el Prof. Günter STRATENWERTH dice que corresponden a la decisión de cometer un hecho punible, “*se trata del dolo dirigido a la realización del hecho objetivo y de los elementos subjetivos especiales que puede exigir la ley. Una voluntad condicionada de acción tampoco será suficiente para la tentativa*”⁷⁰.

El dolo estará constituido por el fin de cometer un delito determinado, por lo que basta el dolo eventual, de manera que habría tentativa tanto si se arroja una bomba con el fin inequívoco (dolo directo de primer grado) de matar a una determinada persona y no se consigue el resultado querido, como cuando se arroja la bomba contra un sitio poblado sin preocuparnos de la posible muerte de cualquier ciudadano que pase por el lugar (dolo eventual). Habrá así tentativa de estafa tanto cuando se usa un ardid

⁷⁰ STRATENWERTH, Günter, op. cit., p. 102.

que se dirige a una persona cierta, como cuando se usa una publicidad que puede ser eficaz para engañar a un cierto número de personas, aunque no lleguen a caer efectivamente en el engaño⁷¹. Si para la consumación es suficiente el dolo eventual, el Prof. BACIGALUPO no encuentra razones para excluir la suficiencia del dolo eventual en la tentativa⁷².

Aunque es de común y uniforme afirmación que la tentativa culposa es insostenible porque el tipo culposo no individualiza las conductas por la finalidad sino por la forma de obtener la finalidad, y que pensar en tal finalidad sería lógicamente inconcebible. *“Dentro del pensamiento causalista se la debe admitir, al menos como posibilidad y aunque se la considere atípica, porque es la consecuencia inevitable de sostener que el error de prohibición vencible da lugar a culpa”*⁷³. De manera que si se diese el caso del que intenta matar a su agresor porque cree que es necesario para defender su vida sin recapacitar mínimamente y sin el más elemental cuidado para percatarse de que se trata de una broma, y le dispara sin conseguir matarle, se encontraría en error de prohibición vencible de un delito doloso que sería sancionado con una pena atenuada por un menor reproche de culpabilidad. En la concepción causalista como se trataría de delito culposo se llegaría a penalizar una ilógica tentativa de homicidio culposo.

No hay diferencia entre el dolo de la tentativa con el dolo del delito consumado, porque el querer del resultado muerte es el mismo, sea que en el caso antes señalado el disparo cause la muerte o que no la cause. Para algún causalista la solución podría ser la de residenciar el dolo en la culpabilidad cuando se trata de delito consumado y la de ubicarlo en la tipicidad cuando se trata de la tentativa. El Prof. MAURACH de manera inobjetable expresa que cuando se trata de la resolución de cometer un hecho

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 604.

⁷² BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 167.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 605.

punible se piensa en el dolo como elemento del tipo y no como elemento de la culpabilidad. Si se pensara en el dolo “en el sentido de la concepción clásica como característica pues de culpabilidad, debería llegarse necesariamente a la conclusión de que la posibilidad de llevar a cabo una tentativa depende de la capacidad de culpabilidad del autor; los sujetos incapaces de culpabilidad (enfermos mentales o menores no responsables) no podrían pues cometer la tentativa de un hecho punible. La consecuencia tan ineludible como sin sentido, sería la de que el querer del resultado debe pertenecer en la *consumación* (como ‘dolo’) a la culpabilidad, y en la *tentativa* (como ‘resolución’) al injusto”⁷⁴.

No debemos confundir la atipicidad de la conducta con la falta de acto. Sabemos que será atípica la conducta del que cree que sustrae una cosa ajena cuando en verdad es propia, y resultaría un contrasentido jurídico decir que allí no hubo acto, o que el acto fue eliminado cuando en verdad se trata de la atipicidad de la conducta y no de la ausencia de acto. Recordemos que la ausencia de conducta o de acto tendrá lugar en el caso de fuerza física irresistible ya provenga de un tercero o de las fuerzas de la naturaleza y que no debe ser confundida con la coacción ni con el estado de necesidad que pueden funcionar como causa de inculpabilidad (la coacción) o como causa de justificación o de inculpabilidad (el estado de necesidad).

El *tipo objetivo* de la tentativa, está constituido por el *comienzo de ejecución* de la acción típica lo que nos lleva a recordar lo dicho *supra* al estudiar lo que son los actos de ejecución de la tentativa para distinguirlos de los actos meramente preparatorios.

⁷⁴ MAURACH, Reinhart, op. cit., p. 173, quien afirma de seguido que “estas consecuencias son tan absurdas que los representantes de la teoría tradicional tratan de cambiar de actitud: la ‘resolución’ es, a la vez dolo en sentido tradicional (característica de la culpabilidad) y ‘elemento subjetivo de injusto’ (característica del tipo)”.

Clases de tipos penales

Resulta importante referirnos a las diferentes conductas o modalidades delictivas que tienen que ver con el tipo penal para aplicarlos al delito de *lavado de activos*, y a los verbos rectores que utiliza el legislador.

Sobre los diferentes tipos de delitos y su clasificación tomando en consideración aspectos relacionados con su estructuración, con el sujeto activo, con el bien jurídico tutelado, y con su contenido, se puede revisar alguna de nuestras publicaciones⁷⁵.

Delitos simples, complejos y conexos

Delitos *simples* son aquellos que ofenden un solo bien jurídico, o en otras palabras: son los delitos cuya acción viola un solo derecho o bien jurídico, como, por ejemplo, el delito de homicidio, el cual destruye el bien jurídico de la vida.

Los delitos *complejos* son los que atacan varios bienes jurídicos, vale decir: los delitos en los que la acción respectiva ofende varios derechos o bienes jurídicos, como el de violación de una mujer honesta, en el que se ataca, en primer lugar, el bien jurídico de la libertad sexual, que es la facultad que tiene la mujer de entregarse a quien ella elija; y en segundo lugar, se ataca el bien jurídico del pudor, de la honestidad. En cambio, la violación de una prostituta es sólo un delito simple, porque únicamente ofende la libertad sexual, ya que conserva el derecho de decidir con quién tener relaciones sexuales; si bien ha renunciado, por su condición de prostituta, al bien jurídico de la honestidad. Bajo esta consideración del delito de *lavado de activos* resultaría ser un delito complejo.

⁷⁵ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*. 3ra. Edición. ARA Editores, Perú, 2006, pp. 135-157.

Los delitos *conexos* son los que están tan íntimamente vinculados que los unos son consecuencia de los otros. Por ejemplo, el caso de una persona que roba y luego, al enterarse de que un individuo ha presenciado el hecho, da muerte a ese testigo accidental, para impedir que éste la descubra. Sin duda que el robo inicial y el homicidio perpetrado para encubrir el robo son delitos conexos. El delito de *lavado de activos* se presenta inequívocamente como *conexo* con otras expresiones de la criminalidad a las que nos venimos refiriendo en estos comentarios, como las relacionadas con drogas, armas, personas, prostitución, niñez y adolescencia, órganos, sustancias tóxicas, etc.

Para ayudar en estos comentarios, y para poder diferenciar algunos tipos de delito, tomamos de nuestro *Manual de Derecho Penal*⁷⁶, la clasificación de los delitos por su contenido:

Podemos hacer una consideración de los tipos penales por la forma de estructuración y los denominamos así: de resultado material (o materiales), formales o de pura actividad; abiertos y cerrados; instantáneos, permanentes y de efectos permanentes; y, de acción, omisión y de comisión por omisión u omisión impropia. Es posible que algunas puedan ser aplicadas al *lavado de activos*.

De resultado material y formales

Denominamos de resultado material a aquellos que doctrinariamente se consideran *materiales*, a efectos de evitar la disidencia de que en todo delito hay resultado, aún en los formales. Los materiales requieren la producción de un resultado externo⁷⁷ apreciable sensorialmente (objetivamente decimos nosotros), resultado que es posterior a la actividad del agente del delito pero que es la vio-

⁷⁶ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008, pp. 158-165.

⁷⁷ Sebastián, SOLER, *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 156.

lación real del bien jurídico protegido. En el homicidio éste se consuma con el evento material de la muerte, el hurto con la sustracción de la cosa ajena con ánimo de apropiación. Un caso de *lavado de activos* puede llegar a producir un delito contra la economía por la *competencia desleal del dinero maculado* vs. el dinero de legítima procedencia.

Son *formales*, llamados también de *pura actividad* o de mera conducta, aquellos que no requieren para su consumación de ningún evento diferente a la sola manifestación de conducta del agente, citando como ejemplo la injuria, que se reputa consumada por la sola publicidad de las frases injuriantes siendo indiferente que efectivamente hayan menoscabado el honor de la persona contra quien se dirigen, sea porque se sienta lesionada en su honor subjetivo o porque objetivamente el crédito que en el medio social tiene, hubiere sufrido menoscabo o merma, por ello SOLER considera a estos tipos como de mero peligro abstracto y CARRARA los concibió como de daño potencial.

En Ecuador, la sola tenencia de *activos maculados* es suficiente para entender consumado el delito, de acuerdo con los artículos 1 y 14 de la Ley de Lavado de Activos del 2005.

Tipos abiertos y cerrados

Abiertos, son los que describen la conducta o se refieren al resultado en forma llana sin exigir circunstancias especiales que acompañen a la conducta y sin mencionar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado. Podemos mencionar: el homicidio, la bigamia (Art. 533), la injuria calumniosa (Art. 489) entendida como la falsa imputación de un delito, etc. Para el caso de Ecuador, el delito de *lavado de activos* es un tipo penal *abierto*.

Cerrados, son los tipos en que se hace expresa referencia a circunstancias de la conducta o expresan la forma como ha de producir-

se el resultado, por ejemplo, la apropiación indebida (Art. 560), tipo en el que se alude a que la distracción en perjuicio de otro debe ser fraudulenta. En el delito de estupro, el acceso carnal con mujer honesta debe ser obtenido mediante el empleo de seducción o engaño, lo que invalida o vicia el consentimiento. En el delito de rapto impropio se hace referencia al consentimiento de la raptada y al seguimiento voluntario al raptor, en tanto que en el rapto propio se requiere que el arrebatamiento haya sido conseguido por medio de violencias, artificios o amenazas.

La descripción típica es cerrada ya que se destacan circunstancias modales bien de la conducta o referidas al medio empleado por el agente, de suerte que si falta el medio (seducción o engaño en el estupro) la conducta será atípica⁷⁸.

De acción, omisión y de comisión por omisión

Son tipos de *acción* los que hacen suponer que se llega al resultado mediante una manifestación activa o positiva de la conducta, esto es mediante un *hacer* que tiene relevancia penal como ocurre en el hurto que requiere de una conducta activa, *sustraer*, en el homicidio *matar*, en el estupro mediante el acceso carnal.

Son tipos de *omisión* aquellos en los que se llega al resultado mediante la simple inactividad, como cuando se abstiene el funcionario o agente de policía que ha tenido conocimiento de la comisión de un delito, de ponerlo inmediatamente en conocimiento de un juez de instrucción (Art. 292). Basta el *no hacer* en circunstancias especiales como el empleo o cargo que se tiene, para que ese omitir sea penado, llamándose a este tipo de delitos de *omisión simple* u *omisión propia*, para diferenciarlos de la categoría intermedia que son los de comisión por omisión u omisión impropia.

⁷⁸ MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 153, 154.

En los *de comisión por omisión*, no basta la mera inactividad sino que el agente omite hacer algo para conseguir un cierto resultado, siendo por ende la omisión el medio comisivo como ocurre al no dar alimentación a un hijo pequeño para que muera, o en no alimentar a la persona plagiada para que fallezca. Se llaman a estos tipos también de *omisión impropia*, habiendo en ambos supuestos la posición de custodio del bien jurídico vida, por la relación familiar y la conducta precedente, siendo aplicable el artículo 12 de nuestro estatuto penal que dice “*no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo*”.

Por vía de eliminación es inadmisibles la posibilidad de cometer un delito formal o de pura actividad como la injuria, omitiendo; resultando los delitos de comisión por omisión ser de aquellos de resultado material.

El objeto de la prohibición en los delitos de comisión (o de acción) es un evento positivo, como en el homicidio en que se sanciona la conducta del “que matare” siendo la norma jurídica prohibitiva (no matar). En los de omisión el objeto prohibido es la abstención (como reseñamos en el ejemplo del agente de la autoridad, que no avisa inmediatamente el conocimiento de un delito) siendo la norma jurídica imperativa -denunciar el delito- y el precepto negativo, no denunciar teniendo la obligación jurídica de hacerlo. Al abstenerse surge el delito indiferente de que como consecuencia de la abstención quede o no en la impunidad el hecho, siendo además un tipo de peligro que se presume *iuris et de iure*.

Tipos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes

Instantáneo es el tipo en que la acción consumativa se perfecciona en un momento único, pero entendido bien que no nos referimos al carácter instantáneo de la actividad sino al momento

consumativo de ésta, como acontece en el homicidio que será siempre un delito instantáneo independiente del lapso que mediar entre el acto de producir las lesiones o heridas y el momento en que se produce el resultado típico que es la muerte. “*El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria*”⁷⁹.

Son tipos *instantáneos*, la injuria que se perfecciona en el momento de la publicidad de las frases ofensivas, el estupro que se perfecciona en el momento del acceso carnal fraudulento siendo indiferente el número posterior de accesos y el eventual asentimiento de la víctima.

Podemos aún diferenciar por la prorrogación de la actividad o inactividad del agente, los tipos penales en *permanentes* y de *efectos permanentes*, que son distintos estructuralmente pues en el primero, cualquiera de los momentos en la actividad del agente es constitutiva siempre del tipo delictivo que aunque consumado no se agota, de manera que durante todo el tiempo que perdure el estado consumativo el delito sigue siendo uno solo. Vincenzo MANZINI⁸⁰ sienta un criterio orientador para calificar de *permanente* al delito, es el hecho de que la acción o la omisión debe ser voluntaria. En el segundo no es permanente la actividad criminosa sino los efectos de esa actividad que se agotó en un cierto lapso, de suerte que son las consecuencias las que continúan pero no el estado delictivo, de allí la denominación de *tipos de efectos permanentes*. Cuando todos y cada uno de los momentos consumativos del delito pueden ser estimados como constitutivos de éste será permanente, en caso contrario pueden considerarse como tales únicamente los efectos.

⁷⁹ SOLER, Sebastián, op. cit., p. 154.

⁸⁰ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II. Editores Ediar, S.A., Buenos Aires, 1950, p. 105.

Esto lleva a Sebastián SOLER⁸¹ a afirmar que puede hablarse de delito permanente cuando la conducta delictiva, permite por sus características que se la pueda prolongar en el tiempo voluntariamente, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos.

Como ejemplo clásico de delito permanente podemos citar el plagio, en el que cualquiera de sus momentos (mientras dure la persona plagiada en poder del plagiador), es violatorio del bien jurídico protegido por la norma -la seguridad personal-.

Como ejemplo de delito de efectos permanentes pueden considerarse a la bigamia, a la falsedad documental, que se perfeccionan en el momento de contraer el segundo matrimonio no disuelto el anterior y en el momento de la impresión falsa, pero los efectos permanecen mientras no se declare la nulidad del segundo matrimonio o la falsedad documental; pues existirá -aunque nulo- el segundo matrimonio que da lugar a la bigamia, y el instrumento falso.

Muchos delitos *instantáneos* o que se consuman en un solo momento dejan una secuela permanente mientras no se repare mediante una sentencia condenatoria el agravio inferido, en otros los efectos son perceptibles por su durabilidad como acontece en el delito de usurpación, en que los efectos pueden ser permanentes mientras el usurpador no reintegra el bien usurpado o deja de perturbar el libre uso y goce de la cosa. En materia de lesiones la secuela de éstas puede ser permanente en sus efectos, como cuando queda una huella desfiguradora del rostro aún cuando siga siendo un delito instantáneo, de consumación en un solo momento.

Necesario es aunque brevemente, hacer un llamado a evitar la confusión del delito *permanente* con el *continuado*, en el que hay

⁸¹ SOLER, Sebastián, op. cit., p. 155.

una serie de acciones idénticamente violatorias de un derecho pero ejecutadas con unidad de resolución, por ejemplo, la apropiación de fondos de una misma empresa en los diferentes lugares en que tiene sucursales o agencias, por un mismo sujeto en diferentes momentos, habiendo una misma resolución criminosa (apropiación de fondos), plena identidad objetiva y subjetiva, un mismo ofensor y ofendido y un mismo tipo de delito en todos esos actos consumativos, cada uno de ellos de un delito. En el delito permanente la actividad es en sí indivisible que va prorrogado en el tiempo la violación a un derecho, en el *delito continuado* hay realmente diversas violaciones de la misma ley unificándose la actividad por “una ficción jurídica, por el elemento psicológico del mismo proyecto criminoso”⁸².

La importancia de poder diferenciar en su estructura un delito permanente de aquellos en que son tales únicamente los efectos, es de gran relieve pues en virtud de esa diferencia podemos apreciar si la participación de un sujeto puede ser de encubridor o de coautor o cómplice; si se trata de un delito permanente como el plagio, la ayuda prestada al plagiador mientras dure el plagio ubicará la conducta de un sujeto en la categoría de copartícipe o cómplice, en tanto que el auxilio prestado al responsable de un delito instantáneo de efectos permanentes mientras duren los efectos -no mientras se lo consumaba-, permitirá ubicar al tercero como encubridor.

Por otra parte permite la diferenciación, que se pueda admitir la posibilidad de obrar o no en legítima defensa en el caso del delito permanente, ya que todos los momentos son antijurídicos, en tanto que en tratándose del delito de efectos permanentes no cabe la repulsa legítima una vez que el delito se agotó y permanecen únicamente sus efectos.

⁸² MANZINI, Vincenzo, *op. cit.*, Tomo II, p. 101.

Tiene que ver también con el lapso para la presentación de la denuncia o desde cuando se promueve el ejercicio de la acción penal, pues a partir del último acto, por ejemplo la liberación del plagiado, se empieza a contar el período para la prescripción de la acción penal y no desde cuando el plagio se consumó, bajo el reflejo que esta distinción produce debemos mencionar también la delimitación de la competencia en la esfera del derecho procesal penal en los delitos permanentes, en los que para nuestro criterio será competente el juez de cualquiera de los lugares en los que se encuentre el imputado de un delito permanente como el del plagio, previniendo cualquiera de estos jueces únicamente en razón de la anticipación en el conocimiento del proceso, siendo todos por igual capaces.

El *delito continuado*: se presenta según el profesor SOLER, “*cuan- do una serie de acciones, idénticamente violatorias del derecho son ejecu- tadas con unidad de resolución*”⁸³. En este tipo de delito de estructu- ra compleja cada uno de los actos es ya violatorio de un determi- nado bien jurídico que bien pueden ser considerados como deli- tos autónomos, pero la unidad de resolución determina la unidad delictiva.

Son elementos del *delito continuado*: la unidad de resolución que unifica el hecho, aunque el cumplimiento de tal finalidad haya tenido lugar en momentos distintos. Normalmente el titular del agravio es un solo sujeto. Hay pluralidad de acciones homogé- neas cada una de las cuales es un delito perfecto. La continuidad se constituye no por la pluralidad de acciones sino por la homo- geneidad que presentan las diversas acciones en serie.

Y debe haber unidad de lesión jurídica, esto es que se demanda para el delito continuado a más de la homogeneidad externa de las acciones, que todas recaigan bajo un mismo tipo penal. Así

⁸³ SOLER, Sebastián, op. cit., p. 156.

por ejemplo, el empleo de mecanismos defraudatorios para perjudicar al fisco en diferentes momentos por un mismo sujeto no pagando los tributos, en que nos encontramos con identidad objetiva y subjetiva, diferentes acciones pero con identidad delictiva y la adecuación de la conducta en un mismo tipo penal.

Muchas de estas formas de llegar a la plena adecuación típica del *lavado de activos* son aplicables, pues en más de una ocasión se va a presentar como un delito *permanente*, en otras como *instantáneo*, en otras como *continuado*, como *conexo*, etc.

Listado de delitos y delitos conexos

Si se tratare de una casuística en torno a los delitos antecedentes, relacionados o conexos con el *lavado de activos* podríamos mencionar:

Terrorismo (que entrañe atentados contra la vida, la integridad física y libertad de las personas o contra sus bienes), el tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de material nuclear o radioactivo, tráfico de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados, el blanqueo de dinero vinculado a los anteriores delitos. Además, el Anexo añade: delitos contra la vida, la integridad física (homicidio voluntario, agresión con lesiones graves), la libertad (secuestro, detención ilegal, toma de rehenes), la propiedad (robos organizados, fraude, estafa, extorsión, etc.), falsificación de moneda y medios de pago, falsificación de documentos y tráfico de documentos falsos, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de bienes culturales, tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento. Tal vez le agregamos un etc., por si acaso se nos quede alguno fuera.

Nuestra legislación al igual que otras, fue en la línea de tipo penal abierto que es *omnicomprensivo*, y que implica en el fondo una delegación de facultades al juez que puede permitir un ejercicio abusivo del cargo o función.

Como está previsto como un tipo penal independiente o autónomo el delito de *lavado de activos*, no está supeditado para su nacimiento o supervivencia en que se pruebe efectivamente el delito conexo en el que tiene su origen el *activo maculado* bastando que existan *indicios razonables* de su origen ilícito.

Planteamos lo que puede ocurrir ante el evento de delitos conexos o de conexión del *lavado de activos* con cualquier otro como: *tráfico de drogas ilegales, tráfico de armas, tráfico de migrantes, prostitución, pornografía infanto-juvenil*, etc. Se van a presentar dos posibilidades: 1.- Que aplicando la autonomía del delito de *lavado de activos* se inicie un proceso teniendo como objeto jurídico este tipo de delito, independiente del otro en el que tiene su origen el *activo maculado*. 2.- Que aplicando las reformas al Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo de 2009, y del 29 de marzo de 2010, y por tratarse de delitos conexos se deba iniciar un solo proceso penal que tenga como objeto jurídico el *lavado de activos* y el delito conexo.

Recordemos lo expresado por nuestra parte en el tema de los delitos conexos⁸⁴:

El artículo 5 de las reformas, dice:

“Elimínese el último inciso del artículo 25”.

En verdad con las reformas del 24 de marzo del 2009 se volvió al sistema anterior que preveía la iniciación y sustanciación de un

⁸⁴ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio crítico a las reformas a los códigos: penal y de procedimiento penal. Publicadas el 29 de marzo del 2010*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, pp. 128 y ss.

solo proceso cuando se trata de *delitos conexos*. En Ecuador su sistema penal tradicionalmente ha mantenido el criterio de la *absorción del delito más grave al menos grave* y de que la pena mayor absorbe a la menor, estableciendo criterios para la determinación de la pena en el caso de concurso *real e ideal* de delitos. Estos casos están solucionados en el artículo 82 del Código Penal.

Con las reformas del 13 de enero de 2003, se trató de encontrar respuesta a un fenómeno real que era el crecimiento de la criminalidad de contenido violento en Ecuador. Desde la bancada social cristiana se prepararon reformas al Código de Procedimiento Penal que impulsaron la idea en el caso de *delitos conexos* y de *concurso de delitos*, de que se inicie un proceso por cada uno de los delitos —aunque la pena en el Ecuador sigue siendo única y no sujeta a acumulación sin límites—, se pensaba que de esa manera el proceso de liberación de los presuntos delincuentes era más difícil, porque si eran puestos en libertad la misma funcionaba en un solo proceso penal y podían seguir privados de la libertad en los otros procesos.

Con las reformas del 24 de marzo de 2009 se volvió al sistema anterior de que en caso de *delitos conexos*, sea que la *conexión* fuese *plena*, o solamente *objetiva* o únicamente *subjetiva*, un juez de garantías penales será el competente para conocer todos los procesos. El artículo 21 reformado dice: “... (3.1) Cuando se hubieren cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó el delito más grave”.

El equívoco en la reforma es que se dejó vigente en el Art. 25 la disposición que señala: “Cuando una persona hubiera cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad en un mismo lugar o en diferentes lugares, deberán iniciar instrucción fiscal por separado por cada una de las infracciones”. Esto nos permitiría llegar al contrasentido de que podía haber más de una instrucción fiscal co-

nocida por un solo juez de garantías penales, en tratándose de *delitos conexos*.

La reforma que comentamos del 29 de marzo de 2010, tiende a consolidar la propuesta de que en caso de delitos conexos haya un solo proceso penal.

Notas breves sobre el delito conexo

Cuando se trata de la *conexidad* esta puede ser vista desde el campo *objetivo* y desde el campo *subjetivo*. Podemos intentar una aproximación doctrinaria cuando decimos que hay *conexidad subjetiva* en casos en que se trata de los mismos sujetos cometiendo diferentes tipos de delitos y puede ser en diferentes momentos históricos.

Planteamos la hipótesis de *conexidad objetiva* cuando se trata del mismo tipo de delito (por ejemplo: robos, estafas, extorsiones, tráfico de drogas, etc.), cometidos por los mismos sujetos siempre o por diferentes sujetos activos.

Hay plena identidad *objetiva* y *subjetiva* cuando se trata de los mismos sujetos cometiendo los mismos tipos de delitos, como por ejemplo en los asaltantes de bancos, secuestradores de personas, traficantes de drogas ilegales, traficantes de armas para mencionar unos cuantos, en que nos encontramos fácilmente con verdaderos casos de delincuencia organizada transnacional o transfronteriza. En verdad pueden cometerse los delitos en distintos lugares, pero existe un *concierto previo*. Hay el caso de delitos *conexos* cuando se trata de la comisión de uno para perpetrar otro, para facilitar su ejecución, o para procurar su impunidad. Puede ser la fractura de seguridades para que otro ingrese, la desactivación de un sistema de control o de alarma, la eliminación de un guardia o el asesinato de un testigo, etc. En que están relacionados y por ende podemos hablar de *delitos conexos*.

La legislación mexicana

Insertamos lo que nos dice el *Código de Procedimientos Penales para el Estado de México*:

“ARTÍCULO 9.- Tratándose de delitos conexos, es juez competente el que haya prevenido.

Igualmente lo será para los diversos delitos que se imputen a una misma persona, aunque sean inconexos.

ARTÍCULO 10.- Se consideran delitos conexos para los efectos del artículo anterior:

- I. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas;
- II. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos, a virtud de concierto entre ellas; y
- III. Los cometidos como medio para ejecutar otros; facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

ARTÍCULO 11.- La prevención a que se ha hecho referencia se fincará siempre que la competencia de ese juzgador lo permita.

Para fijar la competencia por razón de la penalidad, se atenderá a:

- I. La máxima de la correspondiente al delito, tomando en consideración sus modalidades;
- II. La privativa de libertad, cuando la ley prevea varias de distinta naturaleza;

III. La preferencia en el orden de enumeración en el artículo respectivo del código penal, cuando éste establezca varias penas que no sean privativas de libertad; y

IV. La privativa de libertad que establezca mayor penalidad, en los casos de concurso de delitos”.

El Profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI nos auxilia en el tema del concurso de delitos, en la que para muchos es su obra más importante⁸⁵, y al desarrollar algunas ideas sobre la *Unidad y Pluralidad de delitos, y la diversa consideración legal y unidad de acción, expresa:*

“1. Conforme a los principios de un derecho penal de acto estricto, cuando un sujeto comete un delito sólo puede aplicársele una pena, en tanto que si ha cometido varios delitos habrá lugar para la imposición de varias penas. Para el derecho penal de autor o sintomático, cualquiera sea el número de delitos que el autor haya cometido, corresponderá una única sanción adecuada a la personalidad que con sus acciones haya evidenciado. Cuando se parte del principio del derecho penal de acto, se impone un tratamiento diferencial para el caso en que con una sola conducta se incurra en dos o más tipicidades (*concurso ideal*) y para el supuesto en que en el mismo acto jurisdiccional deban juzgarse varias conductas típicas del mismo o de distintos tipos (*concurso real*).

2. Dado que *el concurso ideal es una hipótesis de delito único, en tanto que el concurso real es de dos o más delitos*, se derivan consecuencias en cuanto a las penas. En el derecho comparado se denomina *principio de la acumulación* al que establece que las penas de las distintas conductas típicas se suman, en tanto que se llama *princi-*

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*. 1ra. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 815-817

pio de la absorción al que tiene por efecto la aplicación de la pena que conmina la tipicidad más grave.

Según el criterio de un derecho penal de acto extremo, en el concurso real se deben sumar todas las penas y en el ideal la penalidad más grave debe ser la única a imponer. El código argentino adopta el principio de la absorción para el concurso ideal (*cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor*, Art. 54), pero en el concurso real se aparta del principio de la acumulación o suma. En este aspecto registra, sin duda, las duras críticas que siempre se le formularon a este principio, la más divulgada de las cuales afirma que si bien desde un punto de vista matemático las penas se pueden sumar aritméticamente, desde el punto de vista humano la suma de las penas obra sobre un sujeto como una progresión geométrica, porque es menos aflictiva una pena de un año de prisión que esa misma pena agregada a otra de dos años y cumplida sin solución de continuidad con la anterior. Quizá esta antigua crítica no se halle muy justificada, dado que extrae sus argumentos de las viejas penas corporales, pero lo cierto es que la aplicación ilimitada del principio acumulativo se traduce en penas desmesuradas, lo que hace que la jurisprudencia y la doctrina en los países donde se lo consagra realicen esfuerzos increíbles para reducirlo, a costa de aumentar de modo poco convincente el concepto de delito continuado.

Por otra parte, el discurso que legitimase un poder punitivo ejercido conforme a esa regla sería de insoportable irracionalidad cuando llevase a imponer penas que excediesen en mucho el máximo de la vida humana más prolongada: sería un discurso penal tan omnipotente y autista que llegaría al límite de ignorar las leyes biológicas. A este respecto, la ley es prudente al regir las consecuencias punitivas del concurso real por el *principio de la aspersión*, que se regula por la agravación de la pena: partiendo de la pena de mínimo mayor, se la asperja con las restantes, resul-

tando así agravada hasta poder llegar excepcionalmente a alcanzar la suma de todas las penas, pero incluso en ese supuesto, nunca podrá exceder el máximo de la especie de pena de que se trate ni pasar del máximo mayor más un tercio.

3. Los autores suelen mencionar en la legislación comparada otros principios. Así, Samson llama *principio de combinación* al que combina las penas que corresponden a los distintos tipos que el autor ha cumplimentado con su conducta. Tal sería el caso previsto en el Art. 56 del código penal, en cuanto a que la inhabilitación y la multa se aplican invariablemente, además de la aspersión que tenga lugar respecto de las otras penas. En realidad, la citada combinación no sería más que una forma de acumulación. Blei, por su parte, habla del *principio de exclusión*, que aplica al caso del llamado concurso aparente de leyes, es decir, al caso en que se descarta uno o más tipos penales, por lo que no pueden incluirse en la pena las que corresponden a las leyes que se excluyen. No se trata de un verdadero principio para resolver el caso de la pluralidad, sino que es una consecuencia directa de la naturaleza excluyente para unos y aparente para otros, de esta forma de concurrencia.

El mismo autor llama *principio de la unidad de pena* al que unifica la pena desde el punto de vista del autor, es decir conforme a las consideraciones de un derecho penal de autor, aunque este principio no tiene aplicación en el derecho argentino desde esa perspectiva.

4. Sin perjuicio de retomar las consecuencias para la punibilidad en su momento, ésta presupone la preliminar solución de problemas en el ámbito de la teoría del delito, que son los que dan base para la individualización. El problema fundamental en la teoría del delito consiste en determinar cuándo media un delito y cuándo una pluralidad de delitos. El código se ocupa en el artículo 54 del supuesto en que un hecho cayere bajo más de una san-

ción penal, en tanto que los artículos 55 y 56 atienden al caso en que concurrieren varios hechos independientes. El supuesto del artículo 54 es el concurso ideal y el de los artículos 55 y 56 el del concurso real. De ello se deriva que hay dos órdenes de supuestos que el código no menciona y que tienen lugar cuando (a) no hay concurso real, sino sólo una pluralidad de reiteraciones cuyo resultado es aumentar el contenido injusto del hecho; y (b) cuando la concurrencia de tipos en una misma conducta, en razón de reglas de interpretación conjunta de éstos, debe excluirse. En realidad ambos supuestos son precisiones que contribuyen a delinear mejor los anteriores, pues el primer supuesto es una hipótesis en que no se considera la existencia de concurso real (no se aplican las reglas de los artículos 55 y 56) porque sigue tratándose de hipótesis de una única conducta, y en el segundo no se resuelve conforme al concurso ideal (no se aplica la regla del artículo 54), porque en la acción única no se hace coincidir la pluralidad de tipos.

Hace muchos años que se observó que se trataba de dos reglas y de dos excepciones o correcciones: por ello se contrapuso a una concurrencia ideal *propia*, otra *impropia* (que se llamó *aparente*) y a la concurrencia real *propia*, también otra *impropia* (el delito continuado). *Lo decisivo, en cualquier caso, es determinar cuándo debe valorarse todo lo actuado como una conducta y cuándo como una pluralidad de conductas*".

Una importante discusión en España

En España los penalistas discrepan sobre la constitucionalidad de la cadena perpetua revisable para etarras como se ha estado proponiendo, con la tesis de los delitos conexos. En el diario ABC de Madrid del 2 de febrero de 2006 se incorporan comentarios de reconocidos penalistas y catedráticos en torno a la propuesta de aumento de penas y de sanciones en caso de DELITOS CONEXOS, mismo que vamos a reproducir.

“MADRID. La alarma social creada por la excarcelación de Domingo Troitiño, De Juana Chaos o Henri Parot (los dos últimos procesados por nuevos delitos) ha suscitado un debate sobre las posibles fórmulas de impedir que etarras condenados a penas milenarias, pero beneficiados por el Código Penal de 1973, salgan a la calle habiendo cumplido sólo 20 años de cárcel. Cinco catedráticos de Derecho Penal han opinado para ABC.

José Manuel Gómez Benítez

«Si la revisión es forzosa no sería inconstitucional»

1- No sólo la considero correcta, sino también obligada conforme a la ley y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La polémica reforma del artículo 76 del Código Penal realizada bajo la mayoría parlamentaria anterior a la surgida de las últimas elecciones permitió que determinados condenados pudieran cumplir penas máximas de 40 años de prisión, pero no cambió el mandato legal contenido en su último párrafo de que las diferentes condenas recaídas contra una misma persona en distintos procesos tienen que refundirse en una sola, a efectos del tiempo máximo de su cumplimiento, siempre que los hechos delictivos que motiven las diferentes sentencias tengan conexión entre sí o pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso. De acuerdo con ese mandato legal, desde antes de la Constitución, el Supremo ha concluido que la refundición de condenas es obligada cuando entre ambos delitos no existe una sentencia condenatoria firme. La conexión es, por tanto, fundamentalmente temporal y se mide con criterios procesales.

2- El único obstáculo legal para el posible reconocimiento en nuestro país de la prisión a perpetuidad podría ser el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad tienen que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El Tribunal Constitucional ha matizado que esta declaración constitu-

cional no quiere decir que el único fin de estas penas sea la reinserción social, pero que ésta tiene que estar, en todo caso, entre ellos. En consecuencia, lo coherente con la jurisprudencia constitucional es considerar que el cumplimiento forzoso de una pena de 40 años en prisión -incluso si se ha comprobado la reinserción previa del condenado tras un largo período de cumplimiento- es inconstitucional, pese a no implicar en teoría una prisión perpetua.

Sin embargo, considero que la evidente incompatibilidad conceptual entre resocialización y prisión a perpetuidad quedaría compensada en una legislación que asegure la revisión periódica y forzosa de las condenas de prisión perpetua en caso de resocialización comprobada, a partir de los 15 ó 20 años de cumplimiento. Sólo si la revisión no fuera forzosa, la prisión a perpetuidad sería inconstitucional porque estaría prescindiendo de la necesaria atención al fin de la reinserción social. En el debate público se suele ignorar que ésta es la opción preferida hoy en el derecho penal internacional y en muchas legislaciones europeas.

Enrique Gimbernat

«El reo ha de reincorporarse a la sociedad»

1- El Código Penal de 1973, aplicable a Henri Parot por ser el vigente al tiempo de la comisión de los hechos, dispone que el máximo de la pena que puede imponerse, cuando el autor ha cometido diversos delitos, es de 30 años de prisión. Actualmente, y de acuerdo con el Código Penal de 1995, ese máximo se ha elevado hasta 40 años de cumplimiento efectivo para los delitos de carácter terrorista. Normalmente, los asesinatos cometidos por miembros de ETA son juzgados en un único procedimiento penal, donde rige ese límite de 30 años, según el Código anterior, y de 40, según el vigente. Pero puede suceder, como en el caso Parot, que por diversas circunstancias (como cuando un juicio se

celebra mientras el otro procedimiento está todavía en fase de instrucción) no haya sido posible juzgar todos los asesinatos en una única causa. En este caso, el último párrafo del artículo 70 del Código Penal de 1973 -que se corresponde literalmente con el artículo 76 del de 1995- dispone que «la limitación (a 30 años) se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo» (refundición de condenas). El artículo 17.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal da una definición auténtica de que deben «considerarse delitos conexos (...) los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma una causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».

De lo expuesto se deduce que el criterio de la Fiscalía del Tribunal Supremo es el único correcto, ya que entre los delitos por los que ha sido condenado Parot en procedimientos distintos existe una conexión por encima de cualquier discusión posible, puesto que no es que sean análogos, sino que son idénticos, dado que en todos los casos se trata de asesinatos terroristas. Por ello, la refundición de las condenas no puede exceder de 30 años. Cualquier otra interpretación vulneraría el principio de legalidad penal, consagrado en la Constitución Española y en todos los tratados multilaterales de derechos humanos ratificados por España, principio que constituye uno de los axiomas fundamentales e irrenunciables de cualquier Estado democrático de Derecho.

2- El artículo 25.2 de la Constitución Española establece que «las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». La cadena perpetua, al establecer que el condenado permanecerá toda su vida en prisión, niega, por definición, que aquél pueda reincorporarse a la sociedad; por ello, es una pena inconstitucional.

Joan Queralt

«Al no estar motivado, crece su capacidad criminal»

1- La solución alumbrada en su día por la Audiencia Nacional no se ajusta a la ley. En efecto, el Código Penal dice cuándo y cómo ha de producirse la refundición de penas. Además es criminológica, pues invita a los delincuentes a no parar en su historial de fechorías: si paran, la penalidad resultante será mayor. La solución que propone la Fiscalía del TS es la correcta, leído el Código y la jurisprudencia de la Sala Segunda. El sistema español preexistente, que proviene del franquismo, introdujo, para suavizar su cruel arbitrariedad punitiva, la redención de penas por el trabajo, institución que con el tiempo se convirtió en un aliviadero del sistema penitenciario. Ésta desapareció en 1995, pero sus beneficios no se pueden hacer desaparecer de un plumazo, pues ello supondría una modificación peyorativa posterior a hechos cometidos con anterioridad: la irretroactividad constitucional de las penas alcanza también a su efectivo contenido. De todos modos, una adecuada aplicación del Derecho penitenciario, desechados automatismos administrativos, ha permitido acercar el cumplimiento nominal al efectivo. Lo que es irremediable es que delincuentes terroristas, con gravísimos crímenes a sus espaldas y sin muestra alguna de resocialización, esto es, de proyecto de vida al margen del delito, vayan a salir de la cárcel cuando cumplan sus penas. Esta paradoja, en un régimen democrático, no tiene solución jurídico-penal; quizás un férreo control sobre el sujeto cuando recupere su libertad.

2- No cabe bajo ningún concepto la cadena perpetua, se llame como se llame y se disfrace bajo los aditamentos que se quieran. En puridad, la pregunta plantea la cuestión, gravísima, de la condena indeterminada, esto es, hasta la corrección del culpable. Ello choca, como mínimo, con dos preceptos constitucionales. Por un lado, con la interdicción de los tratos crueles o inhumanos que

están proscritos en el artículo 15 de nuestra Magna Carta; el constituyente, en 1978, sabía perfectamente qué panorama tenía ante sí y el del terrorismo era un azote mucho mayor que en la actualidad. Choca igualmente esa condena con la tendencia resocializadora que debe presidir la ejecución de la pena privativa de libertad: ninguna tendencia en ese sentido cabe apreciar en un sistema que impone a los convictos cambiar su personalidad. Y de nuevo, estamos ante una pena criminógena: desaparecido el horizonte de una razonable salida en libertad -ahora la pena máxima es de 40 años-, el delincuente no se motiva en absoluto por la pena: sin esperanza, aumenta la capacidad criminal de sujetos que cuesta considerar y tratar como congéneres. De todos modos, un legislador que actuara así se enfrentaría a una pregunta: ¿cuándo tiene previsto el fin del terrorismo? y/o ¿endurece las penas como elemento de diálogo con los criminales, que por otro lado niega?

Miguel Bajo Fernández

«Es hora de plantear el debate»

1- Se trata de dos interpretaciones de la Ley igualmente sostenibles porque ambas tienen fundamento. No es cierto, por tanto, que haya que cambiar la Ley para sostener una u otra versión. Lo que hay que cambiar es la interpretación misma. El problema es el siguiente: cuando una misma sentencia condena a varias penas de prisión, se acumulan, es decir, se suman hasta un límite máximo, que era de 30 años antes de 2003 y de 40 en la actualidad. Se aplica la misma regla, aunque las penas se impusieran en sentencias distintas, si fueran delitos conexos que pudieran haber sido enjuiciados en una sola. Es el juez de la última sentencia condenatoria el que tiene que fijar el límite y determinar si fueran delitos conexos. Y aquí está el centro del debate. Para la Audiencia no son delitos conexos, porque transcurrieron varios años entre uno y otro (luego hay dos penas de 30 años de cumplimiento sucesivo) y para la Fiscalía es delito conexo y entiende vigente el

límite máximo de 30 años. Para pronunciarme a favor de una u otra postura en el presente caso tendría que conocer todos los pormenores con detalle. Pero no es necesario cambiar la ley, basta con interpretarla de otro modo. Téngase en cuenta que, aunque las leyes aspiran a tener siempre un sentido unívoco, no pueden hacer una previsión de todas las complejidades de la vida real y es imprescindible adecuarlas y ajustarlas a los hechos. Pienso que un sujeto de las características de Parot no puede quedar amparado por una exégesis benevolente de la Ley. Es evidente que el legislador no quiso ni quiere que un condenado a cerca de 5.000 años de cárcel tenga una aplicación benévola de la Ley.

2- España es el único país de nuestro entorno cultural que no tiene ni pena de muerte ni cadena perpetua. Esta situación no tiene sentido en una democracia que sufre la plaga de un terrorismo absurdo y cruel. Que el Estado imponga la pena de muerte es ponerse a la altura del terrorista, por lo tanto queda descartada. Sin embargo, es hora de plantear el debate sobre la cadena perpetua. Se dice que la Constitución lo impide porque concibe la pena de prisión orientada a la reinserción social del condenado, objetivo que es imposible lograr si la condena de prisión es para toda la vida. Pero, este es un entendimiento equivocado. Lo que hace la Constitución no es obligar a la Administración penitenciaria a conseguir unos objetivos que estadísticamente son ilusorios, sino a ejecutar la pena de prisión facilitando al condenado todos los medios que permitan su recuperación social, como por ejemplo, permitiendo estudios de formación, trabajos y cuantos derechos, ajenos a la privación de libertad, sirvan para el desarrollo de su personalidad. La Constitución quiere una ejecución de la pena con trato humano y no degradante. Si a la pena de cadena perpetua se le acompaña la posibilidad de ser reducida o modificada con ciertas condiciones, no se violenta precepto constitucional alguno. De este modo, cuando se contempla en la ley una pena de estas características se consigue el efecto preventivo de respeto a la ley y de confianza en la vigencia del Derecho; cuando se im-

pone en sentencia a terroristas con delitos múltiples, se realiza una exigencia de Justicia y cuando se ejecuta, con posibilidad de transformarla en cumplimiento temporal, se posibilita el desarrollo del sujeto a fórmulas resocializantes.

Luis Rodríguez Ramos

«El legislador de 1978 pudo haberla implantado»

1- Considero ineludible la tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo, pues la contraria va en contra de la literalidad de la Ley penal, que en virtud del principio de legalidad no puede interpretarse más allá de su tenor literal en contra del reo. La interpretación extensiva o analógica de una Ley penal sólo puede hacerse «*in bonam partem*» (cuando beneficie al reo), y en ningún caso «*in malam partem*» (cuando le perjudique).

2- Es evidente que cuando en 1978 la Constitución derogó la pena de muerte y resultó como pena máxima la de 30 años de prisión, además reducible en un tercio (a 20 años) por aplicación de la redención de penas por el trabajo entonces vigente, el legislador podía haber implantado la prisión perpetua, revisable a los 10 ó 15 años por si el condenado se hubiera arrepentido. Esto sería compatible con el actual artículo 25 de la Constitución, como lo ha sido y sigue siéndolo en Alemania, Inglaterra, Francia o Italia. Si así lo hubiera hecho el legislador aquél entonces, no existiría el presente problema. Debe hacerse constar que tras la reforma del Código Penal de 2003, el tope máximo en este tipo de delitos se ha elevado hasta 40 años, y a partir de la entrada en vigor de dicha reforma la situación de los condenados a esa pena en España es mucho peor que la de un condenado a cadena perpetua en Alemania, pues los 40 años no son revisables”.

Los delitos conexos y el tratamiento en Europa

La profesora Teresa MANSO PORTO nos ayuda con sus atinados comentarios en relación con la determinación del delito conexo del que nace el *activo maculado* que va a ser *lavado* o *blanqueado*. Resultando además inequívoca la lucha contra el *lavado de activos* como una forma modal *de lucha contra el terrorismo*. Dice la destacada jurista⁸⁶:

La figura del blanqueo de capitales se ha ido incorporando en los códigos de los países europeos a lo largo de las últimas tres décadas: Italia en 1978, Portugal en 1983 (fecha de entrada en vigor del Código Penal), España en 1988, Suiza en 1990, Alemania en 1992, Bélgica en 1995. En todas las legislaciones se han ido produciendo sucesivas reformas para adaptar la regulación a lo que ha ido estableciendo la legislación supranacional en su estrategia de lucha contra la criminalidad organizada internacional, incluido el terrorismo.

En algunos casos, las nueva regulación de este delito ha ido precedida de varios años de debate, y, aún después de su entrada en vigor, es común también a muchos países, aunque con mayor o menor intensidad, el desacuerdo doctrinal en puntos básicos, como el contenido de injusto, el bien jurídico protegido, la estructura típica y, en relación con ello, la interpretación de un posible elemento intencional, pero también la ordenación de elementos dentro de las categorías delictivas que se manejan en la actual sistemática del delito que hoy en día rige mayoritariamente en la parte general, concretamente la ordenación de dichos elementos como excluyentes de la tipicidad o como causas de justificación.

Uno de los elementos típicos que se consideran especialmente problemáticos es la *vinculación del blanqueo al hecho penal previo*.

⁸⁶ MANSO PORTO, Teresa, en op. cit., pp. 10-14.

Por un lado, la conexión entre el delito de blanqueo y el concreto delito previo es un elemento difícil de probar. Por el otro, es un elemento indispensable para la tipicidad de la conducta, pues traza una línea clara entre lo que constituye una transacción financiera legal y un delito de blanqueo y, según algunas interpretaciones vigentes del tipo de blanqueo que pretenden incluir en él comportamientos cotidianos o en sí socialmente adecuados, posiblemente la única línea de distinción a nivel objetivo.

Por este motivo, en la doctrina alemana se ha llegado a plantear incluso si no constituye hoy en día un camino erróneo seguir centrando la lucha contra la criminalidad organizada en la persecución penal del blanqueo de capitales. Se plantea, por el contrario, si no sería más adecuado volver a poner el acento en la persecución de los hechos previos, acompañado de la persecución de conductas de pertenencia o colaboración con organizaciones criminales, todo ello engarzado con una aplicación más intensiva de las posibilidades de confiscación de bienes. No en vano ha sido éste último aspecto el instrumento de la lucha orientada a destruir el patrimonio económico de las organizaciones criminales que ha requerido la mayor atención y ha sido objeto de amplias reformas de los últimos años en los numerosos instrumentos jurídicos, además de los aquí mencionados, cuyo contenido en lo referente a esta materia no ha sido considerado en esta exposición y que merece ser objeto de un estudio especial.

Por el momento, la actual doctrina del Tribunal Supremo español en cuanto al requisito del origen delictivo de los bienes insiste en precisar que se trata de un elemento del tipo objetivo que debe ser probado, si bien puede hacerse por prueba indiciaria. Con respecto a la prueba por indicios, existe una doctrina muy consolidada que frecuentemente es objeto de control casacional. Concretamente en relación a la prueba del origen delictivo de los bienes objeto de blanqueo, se han aportado además algunas precisiones concretas de valiosa utilidad práctica. Si bien el origen

delictivo no exige la existencia de una sentencia que lo haya constatado en un proceso anterior, sí se exige la existencia de una relación causal entre el delito de origen y el del blanqueo de capitales, es decir, debe quedar probada la relación causal entre ambos delitos⁸⁷. Tal requisito supone, por ejemplo, que no se puede dar por cumplida la existencia de este elemento típico por el mero hecho de que el acusado tenga vínculos con determinadas personas o grupos, sino que se trata del vínculo con hechos punibles. También insiste el Tribunal Supremo a este respecto en que el delito de blanqueo no se agota en la mera falta de justificación de determinados incrementos de patrimonio del presunto autor, hecho que, según precisa el Tribunal en relación al caso enjuiciado, puede poner en relación al blanqueo con un delito fiscal, pero siempre y cuando se compruebe que ha habido una “*evasión que alcance el mínimo típicamente exigido*”.

En cuanto a la *determinación del contenido material de injusto*, se ha llegado a afirmar en la doctrina alemana que no tiene absolutamente ninguno, porque de lo que se trata en el blanqueo de capitales es de una estrategia confiscatoria elevada a la categoría de tipo penal.

Esta incertidumbre en cuanto al contenido de injusto guarda relación con las dificultades en la *definición del bien jurídico protegido* en el blanqueo. A este respecto, se han sostenido prácticamente todas las posturas imaginables, pero en el marco de este trabajo no quiero detenerme en este punto, que ya tuve ocasión de exponer críticamente en otro lugar. En cualquier caso, la utilidad de la discusión en torno al bien jurídico protegido para la interpretación del tipo penal y la determinación de los comportamientos típicos ha sido más bien escasa.

En cambio sí ha habido algunas aportaciones que han intentado hacer productivos criterios de la denominada teoría de la imputa-

⁸⁷ STS 928/2006, de 5 de octubre.

ción objetiva para deslindar la conducta típica en el plano objetivo, no apoyándose únicamente en la procedencia ilícita de los bienes. A pesar de ello, existen importantes diferencias doctrinales que en parte están motivadas por el tremendo abordaje de consideraciones de política criminal que se ha producido en el terreno de la interpretación doctrinal de los tipos y en la aplicación judicial. El hecho es que el blanqueo no sólo se manifiesta como delito en el sentido estricto de comportamientos que se producen con la finalidad exclusiva de blanquear, sino que también es un fenómeno social de mayor amplitud que se solapa con comportamientos socialmente adecuados, como, por ejemplo, cobrar un honorario por un servicio prestado legítimamente. La cuestión está en determinar si estas conductas deben considerarse delictivas.

Para ilustrar con ejemplos jurisprudenciales lo que significaría excluir de la punibilidad conductas que, aunque quizá hayan causado la introducción de dinero de origen ilícito en el sistema, objetivamente constituyen operaciones absolutamente normales según la dinámica usual en el contexto en que se desarrollan, puede servir la línea argumentativa empleada por el Tribunal Supremo español en un supuesto en el que se trataba de excluir como conducta de blanqueo la compra de un inmueble en la costa con dinero de origen ilícito. Para ello se adujo que “las características externas de la mencionada compraventa, por las condiciones pactadas, ingreso inicial y entregas posteriores para amortizaciones parciales y pago de intereses, ponen de manifiesto la realidad de una operación como las que ordinariamente tienen lugar para esta clase de adquisiciones inmobiliarias”. Y, para seguir con otro ejemplo de un caso inverso, en otra sentencia se recoge doctrina general del blanqueo estableciendo que: *“En el plano subjetivo... basta la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave”*. Ello significa a *sensu contrario* que en el lado objetivo la tipicidad no podría conformarse, por ejemplo, con un acto de

transmisión objetivamente neutral, sino que al menos importaría que se tratase de una transmisión *anómala* en algún sentido.

Frente a los defensores de un tipo que abarque conductas neutrales, considero que es dudoso que este tipo de restricciones interpretativas tengan que ser “políticamente” preocupantes si se tiene en cuenta que el blanqueo como fenómeno social dañino se ha convertido en objetivo de lucha no sólo (ni primordialmente) mediante la criminalización de conductas. Como se ha expuesto al comienzo, las líneas políticas que se marcan a nivel supranacional abarcan una perspectiva amplia e intentan, más allá del ámbito penal, crear estructuras preventivas de protección contra este fenómeno que implican en la lucha a sectores cada vez más amplios de la sociedad, procurando no impedir su funcionamiento de forma racional y acorde a sus objetivos.

Pero el hecho es que se puede observar este desarrollo negativo hacia una persecución penal capaz de criminalizar cualquier actividad socialmente adecuada o cualquier conducta estándar con tal de que el interviniente haya podido contar con la posibilidad de manejar un activo patrimonial de procedencia ilegal. Por desgracia, también existen ejemplos de ello en la jurisprudencia española. El mismo Tribunal Supremo que en la sentencia antes citada excluyó la imputación objetiva de una compraventa por sus características externas, en cambio castigó por delito de receptación sustitutiva a la esposa que atendía “a las necesidades familiares”, sabedora de que “el dinero que le daba su marido... no tenía, al menos en parte, un origen lícito”. En cambio, al menos en estos supuestos sí existe en Alemania doctrina claramente favorable a una reducción teleológica en relación a estos comportamientos, cuanto tengan por finalidad cubrir las necesidades cotidianas de la vida.

Pero lo cierto es que este desarrollo negativo se ha visto agravado con la sucesiva reformulación de objetivos político-criminales

que inciden en el *aislamiento* social del delincuente. Desde esta perspectiva, aún quedarían menos argumentos para no considerar autora de blanqueo la esposa del conocido traficante del barrio o para no castigar igualmente a quienes le vendan cualquier producto, presten un servicio, etc.

El error de tipo y el error de prohibición

En el esquema del finalismo se afirma que si el error recae sobre una circunstancia que pertenece al tipo objetivo debe admitirse la presencia del *error de tipo*, en tanto que si el conocimiento errado es sobre la licitud o ilicitud del acto (como cuando se cree que existe una causa de justificación), nos encontramos frente al *error de prohibición*. Esta pacífica solución sufre reparos en la polémica doctrinaria sea desde el finalismo o desde el causalismo tradicionalista y viceversa, vamos a sintetizar esas soluciones:

Para los causalistas y de acuerdo con la *teoría del dolo*: el conocimiento de la antijuridicidad o de la ilicitud forma parte del dolo que está ubicado en la culpabilidad. Cabe estudiar doctrinariamente la *teoría estricta*, para la que el conocimiento del injusto debe ser actual siendo inexistente cuando hay un error de tipo - sobre un elemento descriptivo o normativo-, o cuando el sujeto obra en la creencia errada de que media una causa de justificación -defensa putativa-, o no conocía la prohibición. Consecuentemente se equiparan el error de tipo y el error de prohibición.

Si el error es inevitable se descarta toda responsabilidad, si no hay conciencia actual se descarta el dolo. Si el error es evitable se castiga a título de culpa, si el delito está previsto como culposos.

La *teoría limitada*: requiere para la existencia del dolo únicamente el conocimiento potencial del injusto (antijuridicidad), porque de esa manera se estima que se resuelve el problema de absolver en casos en que la inconsciencia de la antijuridicidad se debía a una

gran indiferencia del sujeto, o a condenar dando por probado el conocimiento de la antijuridicidad por el simple conocimiento del tipo.

De acuerdo con la teoría aceptada por los finalistas a la que se llama *teoría de la culpabilidad*, se considera a la culpabilidad como juicio de reproche y en cuanto a las consecuencias del error de tipo y del error de prohibición se dan estas posibilidades:

Para la *teoría estricta*, el dolo está ubicado como elemento subjetivo del tipo, el conocimiento actual o potencial del injusto pertenece a la culpabilidad de la que no forma parte del dolo. En el *error de tipo* se produce la inexistencia del dolo y por ende del tipo, siendo innecesario llegar al juicio de culpabilidad pues esto comporta un desgaste de energía sin justificación alguna.

Si se trata del *error de prohibición* -referido a la conciencia actual o potencial del injusto-, es tratado en la culpabilidad. Si es invencible sin reproche alguno y con reproche atenuado si es vencible.

Vale decir, que si hay conocimiento y se quiere realizar el tipo -actuar doloso-, más conciencia de la ilicitud hay reproche pleno. Si hay conocimiento y voluntad de realizar el tipo pero falta la conciencia de la ilicitud o del injusto por error invencible, no hay juicio de reproche ni de culpabilidad aunque hubiere obrado dolosamente, porque media una causa de inculpabilidad. Contenido del juicio de reproche -presupuesto para la imposición de la pena, es la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la ilicitud, y la exigibilidad de la conducta.

Veamos otra hipótesis: si hay el conocimiento y se quiere realizar el tipo -actuar doloso- y la presencia de un error de prohibición superable o vencible, se da un reproche atenuado para el finalismo subsistiendo el actuar doloso. Esto es, habrá lugar a la imposición de una pena disminuida por un delito estructuralmente doloso.

Para la *teoría limitada de la culpabilidad*: se distingue entre el error de tipo y el error de prohibición descartando el primero la acción típica. En cuanto al segundo, se sigue la solución de que frente al error invencible no hay reproche, si es vencible subsiste el dolo pero el reproche es atenuado y la pena disminuida.

La diferencia radica en que se da un tratamiento especial al *error en cuanto a una causa de justificación* de esta manera: si el error es sobre la existencia de un hecho que de existir justificaría la conducta, lo consideran un error de tipo, con absolución si es invencible, y si es vencible responde por delito culposos si está previsto como tal.

Si el error es sobre los *límites o existencia de una causa de justificación* se aplican los principios del error de prohibición. Esto es, si es invencible no hay culpabilidad, si es vencible hay culpabilidad dolosa con pena atenuada.

El *error de prohibición* tiene lugar cuando: se desconoce la ley, cuando se la interpreta mal, o cuando se supone existente una causa de justificación.

En cuanto a suponer existente una causa de justificación, hay que considerar tres posibilidades: 1. Equivocación sobre los *presupuestos objetivos de una causa de justificación*, como cuando se cree que se está siendo atacado y se reacciona. Aquí nos encontramos con la llamada defensa putativa que excluye el juicio de reproche. 2. El *error está en los límites*, como cuando se cree que la ley faculta herir a quien va huyendo para poder detenerlo. Y, 3. El error está en *creer que concurre una causa de justificación*, o que la conducta está permitida, como por ejemplo, si se cree que la ley faculta a corregir la mala conducta de los niños con los que no media ninguna relación de parentesco o docente.

El elemento volitivo

Al que se llama voluntario, se cumple con el “querer la realización del tipo”. El querer es sinónimo de voluntad, pero presupuesto para el elemento volitivo es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, de suerte que si bien es verdad el dolo se presenta como una unidad, metodológicamente puede admitirse un *prins lógico*, se conocen los elementos objetivos del tipo y luego se dirige la voluntad finalmente⁸⁸.

No puede existir dolo si falta el elemento intelectual que se constituye por el saber o conocer, o si falta la voluntad o el querer. Son conceptos que conforman una unidad y que integrados constituyen el dolo. La voluntad perfecciona al dolo y en no pocas ocasiones se los considera sinónimos o aparece la voluntad como una especie del dolo, es frecuente decir que “el dolo es la voluntad final tipificada” porque en los tipos dolosos el elemento subjetivo de la acción se funde con el elemento subjetivo del tipo, de manera que hay una estrecha vinculación entre la finalidad y el dolo (*infra*).

JIMÉNEZ DE ASÚA⁸⁹ llama a este elemento “afectivo” y destaca la necesaria concurrencia del elemento afectivo junto a la representación -elemento intelectual-, “*la voluntad requiere la previsión, puesto que aquella implica siempre tender hacia lo que aún no existe con lo que se revela como valor creativo. No vemos fácil que pueda ser voluntario lo no previsto*”⁹⁰.

JESCHECK⁹¹, destaca lo que llama elemento “voluntativo” pues “un entendimiento prejurídico de los conceptos dolo e impru-

⁸⁸ COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 687.

⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo V*. Editorial Losada S.A., 1956, p. 474.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 479.

⁹¹ JESCHECK, Hans – Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I. Editorial Bosch, 1981, p. 398.

dencia pone de manifiesto que la diferencia entre ambas formas de imputación subjetiva, reside en la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo”. Ese elemento volitivo es el que va a permitir determinar las clases de dolo porque no siempre hay la concreción de lo que se persigue en forma cierta, esto lleva a que admitamos con WELZEL que el dolo comprende a todo lo que se extiende la voluntad de concreción, es decir no solamente la meta aspirada sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias. La volición debe estar presente durante la concreción de la acción finalista por lo que la volición es actual, eliminándose la admisión de un dolo antecedente o consecuente.

Forman así contenido de la voluntad lo que el sujeto quiere o pretende, lo que se le representa o no como necesario, pero que es de forzosa producción, y por último forma parte de la voluntad lo que el sujeto acepta eventualmente, sea que se presente como posible o como probable.

La fórmula anterior y que hemos adoptado, es la que permite estudiar las diferentes formas del dolo y responder a la pregunta ¿Hasta cuándo puede afirmarse que se obra voluntariamente? ¿Hasta qué momento el autor obra queriendo el resultado típico, o dolosamente? Para Edmund MEZGER afirmar lo “querido” por el autor del hecho, supone tres hipótesis⁹², de manera que “querido es lo que el autor se ha propuesto con su acción. Este criterio constituye el punto de arranque y circunscribe el dolo inmediato o dolo de primer grado. Querido es lo que autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible del hecho. Se habla en este caso de dolo indirecto o dolo directo de segundo grado. Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención. Este es el dolo condicionado o *dolus eventualis* del autor”.

⁹² MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 229.

En el esquema dogmático de los penalistas modernos este es el alcance de la actividad finalista y dolosa, ese es el ámbito en el que se circunscribe el actuar doloso cubierto por la voluntad de concreción del tipo objetivo, y es lo que nos permite delimitar el ámbito del dolo eventual y de la culpa consciente o con representación.

El error de tipo⁹³

Se presenta como la negación del dolo. La ubicación del dolo como elemento subjetivo del tipo, y la afirmación de que el dolo requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo nos permite edificar la teoría del error de tipo. Cuando el autor ignora o yerra por conocimiento equivocado de un elemento objetivo del tipo desaparece el dolo y hay ausencia de la tipicidad. Se asimilan el error y la ignorancia⁹⁴. Para la subsistencia del dolo el autor debe obrar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo, pero si falta el conocimiento, falta también la voluntad de realización del tipo y se excluye el dolo por error de tipo.

Llevado el error de tipo al plano concreto se distingue si el error es o no vencible, de manera que si es invencible desaparece el dolo y por ende la adecuación típica dolosa. Si el error es vencible o evitable -referido a una circunstancia del hecho típico-, no hay dolo pero subsiste la imputación a título de culpa por la negligencia en la evitación y se reputará el acto como culposo, si está prevista la figura del tipo culposo. En el Ecuador como bien se conoce los delitos de *lavado de activos* son estructuralmente dolosos, y no hay responsabilidad culposa.

Como ejemplos del error que excluye al dolo, tenemos el desconocimiento por parte del que toma la cosa con el ánimo de apro-

⁹³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Manual de derecho penal. Parte general*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, pp. 74 y siguientes.

⁹⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Roque De Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 82.

piación de que la cosa no es ajena sino propia, en este caso la falta de un elemento normativo del tipo es esencial para la misma vigencia del tipo y del dolo. La cosa no es ajena, no hay “dolo de hurto” y el acto es atípico.

Se alude también a que el error sea o no imputable al autor⁹⁵, de manera que el error de tipo no es imputable cuando no proviene de la propia culpa y hay ausencia de dolo. El error es imputable si el autor cae en él por propia culpa, aquí desaparece el dolo y queda subsistente la posibilidad de la adecuación típica en la figura culposa si está prevista en la ley.

La conducta será atípica y por ende impune, en el caso de *lavado de activos*, cuando el que aparece como transportador, poseedor, inversionista, etc., desconoce que los activos o bienes que se le han encomendado o entregado y que está convirtiendo mediante procedimientos de inversión, compra, transferencia, etc., tienen un *origen maculado* porque provienen de la comisión de otros delitos, y actúa mediando un error insuperable e invencible, como no existe voluntad de realización porque no actúa con plena consciencia y voluntad, desaparece la tipicidad de la conducta.

Como el *lavado de activos* es un delito estructuralmente doloso, si no hay el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo más la voluntad de realización, desaparece el dolo y el resultado será la atipicidad de la conducta.

El profesor José Daniel CESANO de la Universidad de Córdoba⁹⁶, nos dice que “*en la actualidad se admite, pacíficamente, que si existe un ámbito del Derecho penal en donde la teoría del error asume*

⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 56.

⁹⁶ CESANO, José Daniel, en opúsculo, *Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo*.

un rol importante en el análisis dogmático, ése campo es el de la criminalidad económica”.

¿Cómo se entiende esta afirmación?

Una respuesta plausible podría ser la siguiente: la estructuración legislativa de figuras delictivas, propias de la criminalidad económica, se caracteriza por la devaluación de categorías esenciales; que constituyen presupuestos tradicionales en el Derecho penal nuclear. Tal el caso, por ejemplo, de la tipicidad; en lo que atañe a la exigencia de precisión en la descripción típica. Este déficit —que, de acuerdo a su magnitud, puede llegar a tensionar el mandato de “*lex certa*”— no es casual. Por el contrario, un factor decisivo que lo explica está dado por la proliferación de elementos normativos y normas de reenvío (leyes penales en blanco que deben ser completadas por otras leyes o aún —y más allá de su inconstitucionalidad— decretos de la administración).

Evidentemente, cuando las figuras delictivas abusan de estos elementos normativos, se abre paso a una enorme cuota de discrecionalidad, “porque, en tales, casos queda en manos del juez la tarea de cerrar el tipo mediante la interpretación de tales elementos, lo que impide determinar de antemano el alcance preciso del tipo penal con el consiguiente menoscabo de los principios de estricta legalidad, certeza y culpabilidad”.

Es por esto, justamente, que cierta doctrina —frente a la constatación abusiva de técnicas de tipificación abiertas en el terreno de la criminalidad económica— viene sosteniendo la necesidad de ampliar —respecto a ella— el ámbito de la teoría del error. Tal solución compensatoria es calificada de positiva; desde que, esa mayor imprecisión del tipo conlleva una menor posibilidad de comunicar cuales son las conductas prohibidas o, en su caso, exigidas.

Con todo, no existe acuerdo entre los autores respecto a si, tal ampliación de la teoría del error (en dicho ámbito) debe recondu-

cirse a un análisis dogmático vinculado con el error de prohibición o bajo la forma de un error de tipo.

La teoría de la participación y la prohibición de regreso

En relación con la teoría de la participación, el profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI, el penalista más importante de esta parte del mundo hispano parlante, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación Argentina, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, dice: “como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión participación, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, participación es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por participación el fenómeno por el que una o más personas toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores”⁹⁷. Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad.

Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor Günther JAKOBS, “*autor es*

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.

*siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito*⁹⁸.

El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, “El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo”⁹⁹.

En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el artículo 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos cómplices primarios o necesarios, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena.

Como dice E.R. ZAFFARONI, “quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los

⁹⁸ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 745.

cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios; y, se reserva la calidad de cómplices secundarios o accesorios a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso”¹⁰⁰.

La complicidad secundaria es aquella a la cual se refiere el artículo 43 del Código Penal ecuatoriano. En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los penalistas más importantes del siglo 21, “cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta una aportación de la medida de las demás aportaciones; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe”¹⁰¹. Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

Cabe recordar lo que el mismo JAKOBS enseña con respecto a la denominada *prohibición de regreso* —que puede ser invocada en un momento dado— que significa decir que cada cual responde por lo que hace y por lo que deja de hacer de manera consciente y deliberada, y no más allá. JAKOBS apunta a que el carácter de un comportamiento no se imponga de modo unilateral y en forma arbitraria, ya que quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua, no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., pp. 736-737.

¹⁰¹ JAKOBS, Gunther, op. cit., p. 751.

Para responder penalmente: a) Se necesita favorecer un delito: La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser “distanciado” de él. Como el “aporte” del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación. Por eso, al encuadrar esta idea sistemáticamente, JAKOBS establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento. La sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación.

b) Distanciamiento: Al intentar configurar los límites de la participación punible, JAKOBS dirá: *“hay que distanciar el comportamiento del sujeto, en base a su significado objetivo, que favorece a otro sujeto que sí participa”*. Es que para entender mejor esta idea hay que resaltar que delinque quien incumple con el rol. El rol de portarse como una persona en el derecho, es simplemente hacer lo que uno hace cotidianamente como ciudadano. Lo dicho significa respetar a los demás y exigir ese respeto para con uno. Se trata de las llamadas *conductas neutrales* muy propias de la sociedad de riesgo que nos toca vivir, en que *nuestra conducta no debe merecer reproche de ninguna clase cuando no nos apartamos de nuestro rol como ciudadanos*.

Diferentes formas de adecuación típica en el lavado de activos

Nos queda claro que con la Ley de *lavado de activos* y previsto el mismo como delito independiente o autónomo, su persecución no está afectada por el presupuesto de procedencia que sería el procesamiento y penalización del delito del que nace el *activo maculado*. Con un sistema normativo tradicional se podría sostener que el *lavado de activos* resultaría una forma de encubrimiento, mas aquella forma de intervención desaparece con la Ley del

2005. Si la sola tenencia constituye delito, resulta incluso difícil construir una *tentativa de lavado de activos*, aunque el tema se pres- te para el debate.

En el esquema de un *sistema penal convencional* los activos macu- lados van a ser inicialmente asegurados mediante la *incantación* y luego objeto del *decomiso* o pérdida definitiva, siempre que se dicte sentencia condenatoria y la misma se encuentre en firme. Con la ley de *lavado de activos* el producto del delito se convierte en un delito autónomo que no requiere la prueba y sanción del delito conexo en el que tiene su fuente de origen.

El profesor de la Universidad de Córdoba, José Daniel CESA- NO, al referirse a las acciones constitutivas de delito y coinci- diendo con nuestro criterio de que el legislador apeló a una técni- ca de tipificación caracterizada por una enumeración de verbos típicos meramente ejemplificativa, y que nos encontramos frente a un tipo penal abierto, nos ilustra manifestando: “Coincidimos con Barral en cuanto a que, el tipo objetivo, se integra, además, con un determinado efecto: la consecuencia posible de que los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito.

¿Qué significa esta expresión?

Significa que, para que las acciones constitutivas puedan conside- rarse típicas, deberá demostrarse, por un lado, la idoneidad de ellas para producir la posibilidad de que los bienes adquieran una nueva apariencia y, por otro, que dicha apariencia tenga aptitud bastante para disimular la procedencia ilícita de los bienes que se reciclan, con la consiguiente creación de una situación de peligro concreto respecto del bien jurídico que se tutela”¹⁰².

¹⁰² CESANO, José Daniel, en op. cit.

Para intentar una aproximación a los procesos de criminalización y de control penal que como formas ampliadas de la adecuación, pretende la Ley de *lavado de activos* al igual que en su momento pretendió la Ley de Drogas vigente en Ecuador desde 1990, es preciso recordar su precedente histórico que es la Convención de Palermo del año 2000 y las otras mencionadas contra la delincuencia organizada transnacional, como fue antes la Convención de Viena en materia de estupefacientes de finales de 1988.

Estas convenciones se pretenden convertir en *modelos a imitar*. Hay la tendencia en las Convenciones de NN.UU y en la serie de estatutos transnacionales contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Transfronteriza, a buscar la implantación de discursos de máxima represividad entronizando un conjunto de propuestas de *Derecho Penal máximo o de derecho penal del enemigo* para tratar de poner freno a determinadas expresiones de la delincuencia organizada, tomando carta de ciudadanía inclusive fórmulas peligrosas y propias de un *Derecho Penal de autor*, que como se sabe son contrarias a los postulados que inspiran un Derecho Penal liberal propio del Estado de Derecho. Pensemos como ejemplo, en lo que ocurre con los terroristas vascos presos en España y el recorte hasta de derechos propios como ciudadanos privados de la libertad, llegando hasta el recorte de beneficios ex carcelarios, con lo cual se llega a expresiones de *derecho penal del enemigo e incluso de lo que denominamos derecho procesal penal del enemigo*.

Un aspecto importante ya señalado es tratar de vincular al delito de *lavado de activos* con el delito de *terrorismo* que sin duda es la expresión más perversa de la delincuencia organizada. Tal vez aquí encontremos un argumento más en pro de la *legalización de las drogas*, pues parte de su economía subterránea alimenta la falange tenebrosa del terrorismo, como forma incluso de articular un aparato organizado de poder.

Algunos aspectos relevantes en la lucha contra el lavado de activos

Destacamos algunos de sus más importantes aspectos, no sólo porque han aparecido formas novedosas de sanción sino porque fundamentalmente se procura perseguir al denominado *lavado de activos* a través del decomiso de los bienes surgidos directa o indirectamente de tal actividad. Con esto se pretende también desarticular las bases económicas actuando sobre los capitales de origen ilícito cualquiera que fuese el delito. En el fondo es una modalidad de *política criminal* con un enfoque macro contra la criminalidad de mayor costo social.

La ampliación del radio de acción y competencia de la Convención de Viena de 1988, estuvo motivada en la ineficacia de la represión punitiva por lo que se optó por el perseguimiento no sólo de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas sino también de las que son utilizadas en los procesos de producción y de la misma manera que se busca la punibilidad en el caso de los precursores, la acción se dirige a decomisar y perseguir el producto y los bienes *derivados de este criminal comercio*. Por otra parte, se ha puesto en movimiento una maquinaria judicial con carácter internacional, bajo el sistema de *ayuda judicial recíproca*.

El modelo que opta la Convención de Palermo del año 2000 que toma la Ley de *lavado de activos* del año 2005 de Ecuador, se dirige contra todo lo que es organización criminal, y pretende afectar las bases económicas de la delincuencia organizada, buscando el mecanismo de ayuda judicial recíproca.

Como aspectos más importantes de la Ley de *lavado de activos* de Ecuador, destacamos:

Control y tipificación de todas las conductas posibles relacionadas con el manejo de los *activos maculados*, entendiendo por tales

los que provengan de cualquier clase de delitos, lo cual incluye todas las formas de los denominados tráficos ilegales. Destacamos el aspecto de la *prevención* y el de la *represión* a que se alude en la propia Ley. Con lo antes dicho, se busca la represión de todas aquellas actividades financieras o económicas que procuren la ocultación del producto, el lavado de activos y en fin todas aquellas transacciones de carácter comercial que se pudieran realizar con *activos* provenientes directa o indirectamente de cualquier delito.

- **Concertación de la mayor ayuda judicial recíproca**

De esta manera se podría por ejemplo remitir con pleno valor probatorio actuaciones judiciales o procesales de un país a otro, enviar testigos para que declaren y hasta la remisión de detenidos para que actúen, pruebas en el exterior; intercambio de información y prueba documentaria a nivel de policías, fiscalías y de judicaturas y hasta de expedientes judiciales cuando fuese del caso.

- **Decomiso del producto y de los bienes y activos que provengan directa o indirectamente de cualquier delito**

La propuesta es la de desarticular las bases económicas de la delincuencia organizada trasnacional o trasfronteriza, pues el imperio económico es de tal magnitud que se plantea la conveniencia de decomisar tanto los bienes involucrados en el delito, así como aquellos que se adquieran con activos maculados provenientes de un ilícito.

- **Abolición de la reserva fiscal y del sigilo bancario**

Tanto el secreto bancario como la reserva fiscal se fracturan con la Convención de Viena de 1988 bajo la ideología de que con los mismos se ha evitado la persecución de los “dineros sucios”,

pues el blanqueo o narcolavado se ha alimentado con el sigilo y la reserva. De esta manera, se pretende que ante un requerimiento no sólo judicial, sino hasta policial, cualquier banco del mundo o autoridad financiera o monetaria está obligado a proporcionar la información requerida para detectar el producto y el origen de los dineros y bienes reputados como de origen ilícito o delictivo.

Este modelo o propuesta se amplía para toda clase de delitos, según lo que prevé la Ley del 2005, y lo que proponen, las reformas del 2010. Nos basta señalar los artículos 2, 3 y 4, que institucionalizan la *obligatoriedad de la delación* en contra de quienes no tienen tal obligación jurídica, de acuerdo con las *fuentes de la posición de garante* a que se refiere nuestro Código Penal en su artículo 12. La Unidad de Inteligencia Financiera podrá solicitar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 3 (que se refiere al registro de las operaciones financieras como depósitos, transacciones, giros, etc.) a otras personas naturales o jurídicas, vinculadas o no al sistema financiero o de seguros.

- **Modificación del concepto de carga probatoria**

Una propuesta igualmente importante es la relacionada con la inversión de la *carga probatoria* o con el *onus probandi*, de manera que ante un incremento patrimonial no justificado (inusual e injustificado llama la Ley de Ecuador) pueda presumirse legalmente la ilicitud de su origen. Puede discutirse que tal posición es contradictoria con el *principio de inocencia* y de corrección así como con la obligatoriedad de la carga de la prueba por parte del Estado de Derecho. Pero ante el movimiento de activos inusuales e injustificados debe presumirse que tienen un *origen maculado*.

Recordemos que para el caso del *enriquecimiento ilícito* se propone invertir la carga probatoria de suerte que las personas enriquecidas de manera súbita tendrían que demostrar la licitud de su origen bajo prevenciones de tener que responder penalmente.

- **La utilización del agente provocador**

Otro de los temas de arduo cuestionamiento en los predios de la política criminal es el relacionado con la utilización del agente provocador para descubrir un delito como ocurre en el de tráfico ilícito de estupefacientes, en que precede una provocación o incitación para la comisión del delito no con la finalidad en sí de que cometa el delito sino para sancionar al delincuente. Se piensa que de esa manera se puede incursionar así en las redes del crimen organizado para combatirlo con éxito.

Tan controversial como la conducta del *agente provocador* es la del *delator* al que se llega a premiar o estimular. Ya se conocía la figura de la *delación* en el sistema anglosajón en el que se ha institucionalizado la legitimación de este *fruto del árbol prohibido*, con el argumento de conseguir una optimización del sistema penal revelada por la tasa de condenados aún recurriendo a los delincuentes arrepentidos o delatores. Aquí entra en consideración el llamado agente *encubierto* que arriesga su propia seguridad para incursionar en las redes o entramado de una organización criminal.

La Ley de *Lavado de activos* de Ecuador no exonera de responsabilidad penal al *delator* sino que lo *premia* con la imposición de la cuarta parte de la pena que se impondría a los autores, al tenor del artículo 21 de la citada Ley.

No dice nada la Ley de *lavado de activos* en relación con el agente *provocador*, *inductor*, o *encubierto*, y La validez o no de su actuación. En las DISPOSICIONES GENERALES, encontramos la TERCERA que dice: “El origen ilícito de los activos, así como su carácter de inusual e injustificado, se determinará por los medios de prueba previstos en la legislación ecuatoriana, correctamente aplicados y valorados conforme a las reglas de la sana crítica y a

los principios del debido proceso establecidos en la Constitución Política de República”¹⁰³.

Más allá de esta sana declaración de principios, hay que tener presente que el Código de Procedimiento Penal de Ecuador prevé en el artículo 81 el derecho de todo ciudadano a no *auto incriminarse*, y que el Art. 83 del mismo cuerpo legal determina como uno de los casos de *prueba ilícita*, la obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito (sic)¹⁰⁴.

En la investigación de delitos previstos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, inspirada en la Convención de Viena de 1988, se recurre a agentes *provocadores* o *inductores* no de manera oficial, sino mediante los convenios de *asistencia técnica* que se suscriben con agencias oficiales del gobierno norteamericano como la DEA, que mediante labores de *inteligencia* puede *comprar información* sin que este procedimiento sea reconocido oficialmente por la policía nacional, y tampoco sea llevado como medio de prueba a un proceso penal, que resulta irrelevante si ya se ha decomisado un alijo de cocaína o heroína.

En el tema de *lavado de activos* y la posibilidad de agentes *provocadores* o *inductores*, señalamos que está previsto en la propia Ley en el artículo 10: “La Unidad de Inteligencia Financiera, deberá cumplir las siguientes funciones:... g) Contratar, cuando sea del caso, empresas especializadas en ubicación de fondos y activos ilícitos, con la finalidad de gestionar su recuperación”. Aquí encontramos la posibilidad de que se utilicen agentes *provocadores* o *inductores* bajo la responsabilidad de las agencias contratadas. Por

¹⁰³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Proceso penal y garantías constitucionales*. Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia de U. Católica de Guayaquil. Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005, 197 páginas.

¹⁰⁴ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *La prueba ilícita*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, 336 páginas.

otra parte si se solicita información a la Unidad de Inteligencia Financiera fácilmente se puede amparar en la *reserva* de la base de datos, pues en el mismo artículo se determina, “e) Crear, mantener y actualizar, con carácter reservado, una base de datos con toda la información obtenida como producto de sus actividades, de conformidad con el reglamento correspondiente...”

Los diferentes verbos rectores del tipo penal

Mediante la Ley de *lavado de activos* se han tipificado como delitos, cuando se cometan intencionalmente, todas las formas modales a que se refieren los artículos 1 y 14 que han sido trascritos. Partiendo de la Convención de Viena de 1988 en donde nace la propuesta de la penalización del *lavado de activos* podemos manifestar que se pretende penalizar.

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

La *ocultación* o el *encubrimiento* de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de activos o bienes, o de derechos relativos a tales activos o bienes, a sabiendas de que proceden de *cualquier* delito o de un acto de participación en tales delitos.

La *adquisición*, la *posesión* o la *utilización* de activos o bienes a *sabiendas*, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de algún delito de los tipificados en el código penal u otras leyes, o de un acto de participación en tales delitos.

El *instigar* o *inducir* a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con La Ley de *lavado de activos*.

La *participación* en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con la antes mencionada Ley, la *asociación* y la *confabulación* para cometerlos, la *tentativa* de cometerlos, y la *asistencia*, la *incitación*, la *facilitación* o el *asesoramiento* en relación con su comisión.

Las circunstancias objetivas del caso

El artículo 3 de la Convención de Viena del 19 de diciembre de 1988 que el Ecuador ratificó en 1989, y en consecuencia es vinculante y aplicable, dice en el párrafo 3:

“3. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

Esta disposición, en la que consta el lavado de activos provenientes del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (narcotráfico), debe ser obviamente interpretada como ratificador del *principio de culpabilidad* propio de un Estado liberal y de derecho, y en el que existe un derecho penal liberal y democrático. Debe desestimarse una interpretación reduccionista y limitadora que nos acerque a formas de *responsabilidad penal objetiva* pues superados los tiempos de barbarie del Derecho Penal, hoy es válidamente admitido el *principio de que no hay responsabilidad penal sin culpabilidad*, esto es que el agente debe actuar a lo menos *culposamente* para generar responsabilidad penal cuando la ley prevé como una forma de la adecuación típica el actuar culposo. Para el caso que nos ocupa y como *elemento subjetivo del tipo penal* mencionamos el actuar *doloso* que es el actuar a sabiendas o con conocimiento, bastando actuar con *dolo eventual*.

En las formas ampliadas de la adecuación de la Convención de Viena de 1988 y en nuestra legislación de 1990, así como en la Ley del *lavado de activos* del 2005 se insiste en el *actuar doloso* al utilizarse expresiones como *intencionalmente* o *a sabiendas*. En cuanto a la Ley de *lavado de activos* para que no quede duda alguna el legislador ha consignado en el artículo 14 como *elemento subjetivo del tipo penal* el actuar *dolosamente*. Dicho de otra manera, no hay responsabilidad penal en materia de *lavado de activos* por un actuar culposo, negligente o descuidado, menos aún podría admitirse cualquier forma de responsabilidad penal sin culpabilidad.

Tan cierto es que está proscrita la responsabilidad penal objetiva que en la Ley de lavado de activos de Ecuador se señala que las conductas tienen que ser *dolosas*. Agregamos, que si se analizan con cuidado las diferentes tipificaciones es suficientemente clara la forma de culpabilidad exigida para la penalización de los diferentes delitos de *lavado de activos*. Hay una detallada precisión de la culpabilidad únicamente en el plano de la intencionalidad (como sinónimo de dolo) lo que nos lleva a sostener que debe desestimarse la entronización de formas objetivas de responsabilidad penal, tanto más si el *principio culpabilista* es uno de los pilares universales de salvaguarda de los derechos humanos de los ciudadanos sometidos a un proceso penal.

- **Una primera aproximación**

El legislador ecuatoriano siguiendo los lineamientos de la Convención de Viena de 1988 y la de Palermo del año 2000, ha utilizado las más variadas formas, modales y tiempos verbales para sancionar el *lavado de activos*, pues sin dificultad podemos afirmar que para la *conversión* de bienes y servicios y para la *transferencia*, los dueños de los *activos maculados* se sirven de terceros que prestan sus nombres y se convierten en *testaferros* y que de acuerdo con la Ley del 2005, responden por un delito autónomo o inde-

pendiente del delito conexo en el que tienen su origen tales activos.

Inclusive se puede llegar a la falsificación de instrumentos públicos o privados para la conversión de tales *activos* y hasta a la creación de *empresas fantasmas* como las denominadas *compañías de papel* o con apariencia legítima para *encubrir la actividad ilícita* y propiciar el *lavado de activos*.

Si esto no fuese suficiente, hay que reconocer que se ha entronizado un *tipo penal abierto* que como sabemos constituye una peligrosa delegación de facultades por parte del legislador al juez, que debe en un caso concreto apreciar si la conducta que es puesta en su conocimiento podría ser considerada como *actividad conexa con la materia*, que es el tipo penal abierto a que se refiere el artículo 14 de la Ley de *lavado de activos* de Ecuador.

La locución *activos* hace referencia a cualquier clase de *bienes*, y comprende tanto los corporales como los incorporales y dentro de estos los reales y personales, entre los que debe incluirse obviamente el *dinero*.

La Ley de *lavado de activos* de Ecuador está constituida por una serie de *verbos rectores* cada uno de los cuales es capaz de funcionar como *núcleo del tipo*, es decir como *verbo rector*.

- **Conversión**

Entendemos por *convertir* el acto de mudar o volver una cosa en otra, por lo que resulta claro que el verbo utilizado refleja la idea de la transformación de las utilidades obtenidas en un delito incluyendo cualquier tráfico ilícito, en cualquier otro bien de carácter económico, sea real o personal, mueble o inmueble, tangible o intangible. La conducta que se describe y sanciona es el *cambio o mutación* del dinero que se obtiene, por bienes y servicios sin que

la convertibilidad se encuentre restringida, vale decir que puede ser referida de un bien a otro, cualquiera que fuese la fórmula contractual que se escoja para hacerla o encubrir-la, como mediante contratos simulados o reales, por el directamente interesado o con el concurso de terceros que adquieren la calidad de *testaferros*.

- **Transferencia**

El verbo transferir significa “pasar o llevar una cosa de un lugar a otro”, por lo que la conducta que se describe es la de trasladar el activo, que puede ser dinero u otro tipo de bienes, del lugar en que se obtiene el activo a otro lugar u otro país. Puede ser por ejemplo a los paraísos fiscales manejados por la banca internacional.

Esta conducta se perfecciona no sólo por la transferencia que de tales bienes hace el dueño, depositario o poseedor, sino además por la participación de las personas que *a sabiendas de su procedencia* colaboran activamente en la misma, esto nos conduce a los directivos de la banca y de las entidades financieras que resultarían coautores de la actividad ilícita que se describe y sanciona.

Esta actividad es coadyuvante para ir creando un patrimonio de aparente procedencia permitida mediante inversiones en compañías o negocios lícitos. De acuerdo con la Convención de Viena y la normativa ecuatoriana el grado de participación y responsabilidad no deja lugar a dudas por la amplitud de los tipos penales dada las formas gramaticales que se utilizan con expresiones como: “o de un acto de participación en tal delito o delitos con el objeto de ocultar o encubrir...” o “ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”.

- **Ocultación**

Debemos entender como tal “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista” bien sea el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de tales activos o bienes. Se refiere a la conducta del propio dueño de los activos de una manera directa o personal.

- **Encubrimiento**

Encubrir significa tanto “impedir que llegue a saberse una cosa”, como “hacerse responsable de encubrimiento de un delito”. En este caso se convierte en un tipo penal autónomo, el encubrimiento en materia de *lavado de activos* como una forma modal de delito contra la administración de justicia que por las connotaciones que tiene es sancionado con una severidad extrema no obstante que se trata de una conducta *ex post facto* (después del acto).

El legislador ha tipificado como delictiva la conducta que realiza un tercero en cuanto al origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad de *activos* originados en cualquier delito incluyendo los tráficos ilegales y aquí encontramos la diferencia fundamental entre los verbos utilizados para consolidar un tipo penal de conductas alternativas, pues se oculta lo que es propio y se encubre lo que es ajeno.

- **Una segunda aproximación**

Bajo otro grupo podemos apreciar otras conductas alternativas referidas a los activos o bienes que son producto del delito o delitos, mediante los actos de *adquirir, poseer o utilizar bienes* de la citada procedencia. Aquí se involucra a terceras personas que tratan de sacarle provecho de manera no directa, mediante el *usufructo de los activos* provenientes del acto ilícito o delictivo.

En nuestra posición consideramos como una conducta alternativa también la del tercero que *a sabiendas del origen ilícito de los activos* actúa como vendedor de bienes o servicios ayudando de esa manera en el proceso de *conversión* del *activo sucio* o *maculado*. Si recordamos que en nuestra Ley del 2005 se prevé en el artículo 14 las demás actividades conexas con esta materia (la del lavado) sin mayor esfuerzo debemos concluir que existe responsabilidad penal en aquellos que sin tener nada que ver con la comisión del delito conexo obtienen un beneficio indirecto del mismo a sabiendas, como cuando ofrecen en venta bienes y servicios incluso a precios mayores que el valor real de tales bienes y servicios, conociendo la procedencia ilícita del *activo* con el que reciben el pago.

Así como debe ser delictiva la conducta del que adquiere *activos* que sabe que provienen del delito o delitos, se debe sancionar al que ofrece en venta o vende *activos* a sabiendas de la procedencia ilícita de los mismos. De esta manera habría coherencia con la propuesta de sancionar toda transacción económica que provenga directa o indirectamente de actividades delictivas.

- **Adquisición**

Proviene del verbo *adquirir* que quiere decir “ganar, conseguir, con el propio trabajo o industria, comprar, coger, lograr o hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”.

Aquí se prevé la conducta de quien consigue a cualquier título bienes que se sabe han sido adquiridos con *activos* provenientes de un delito o delitos, recordando lo dicho con respecto al vendedor de bienes y servicios que se beneficia *a sabiendas del origen ilícito del activo- que puede ser el dinero- con el que recibe el precio*. Por otra parte el dinero es en sí mismo un bien, por lo que se podría englobar como delictiva la conducta del que vende sus bienes y

recibe a cambio como precio otro bien que es el dinero del que conoce su origen.

- **Posesión**

Debemos remitirnos a la ley civil que nos dice que la *posesión* es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

- **Utilización**

Utilizar significa “aprovecharse de una cosa” vale decir, es el uso que se hace de las cosas para sacar de ellas un determinado provecho. En este caso se hace referencia a quien no tiene el derecho de dominio o posesión. El verbo rector aquí alude a quien sin ser dueño o poseedor los goza con el conocimiento de su procedencia ilícita.

Otras formas de participación

En la Ley del 2005, el legislador ecuatoriano ha abarcado formas autónomas de autoría intelectual que bien caben dentro de la coparticipación, como cuando se trata de *inducir, incitar, instigar* o *promover*. De acuerdo con la técnica propia de la dogmática penal moderna los dispositivos amplificadores del tipo penal se consagran en la parte general de los códigos, y son predicables y referibles a todos los delitos tanto a los que se encuentran en la parte especial del mismo código como en cualquier otro cuerpo de leyes especiales como los estatutos *antidrogas* o *anti lavados*.

Reconociendo que a ratos los verbos rectores que forman parte del núcleo del tipo penal resultan en conjunto repetitivos y hasta inextricables (muy intrincados y confusos) recordemos la acepción semántica de los que aquí hemos mencionado y que se utili-

zan en la Convención de Viena de 1988 y en la Ley de Drogas de Ecuador de 1990, que son perfectamente aplicables para el *lavado de activos*:

- **Instigación**

Es hasta sinónimo de *incitación*, *provocación* o *inducción* a uno a que haga una cosa.

- **Inducción**

Es la *instigación* o *persuasión* conque uno impele a otro para que haga alguna cosa o cometa algún delito. (Escriche)

- **Incitación**

Es la acción de *incitar* que significa a su vez, mover o estimular a uno para que ejecute una cosa.

De lo que se trata es de aprehender y sancionar penalmente todo estímulo que una persona ejerza sobre otra para que ejecute o participe en cualquiera de las formas modales delictivas previstas en la Ley de *lavado de activos* ecuatoriana.

Debemos agregar que la *instigación*, *incitación* e *inducción* son formas de *autoría intelectual* y que al autor por *instigación*, *incitación* o *inducción* se lo debe sancionar con la misma pena que al *autor material*, pues no existen razones que hagan valedero este tratamiento punitivo privilegiado.

Aquí tiene plena aplicación la teoría del *autor mediato* del Dr. Dr. h.c. mult. Clus ROXIN, entendiendo por *autor mediato* a quien tiene el *dominio del hecho* a través de un aparato organizado de poder.

La aplicación de otros verbos rectores

Podemos aplicar otros verbos rectores del tipo como los que encontramos en el artículo 84 en materia de drogas, que en más de una ocasión es delito conexo con el *lavado de activos* en que se utilizan como verbos rectores del tipo, *organizar*, *gestionar*, *asesorar* o *financiar*. Lo del *asesoramiento* se torna sumamente complejo pues *asesorar* significa dar consejo o dictamen y el *asesoramiento* puede ser también apreciado como “tomar consejo del letrado o asesor, o consultar su dictamen” o “tomar consejo una persona de otra o ilustrarse con su parecer”.

Esta conducta puede ser una forma de *autoría* cuando la asesoría es de carácter permanente o cuando el asesor o consultor forma parte de una organización o empresa criminal ya que en el crimen organizado hay una bien definida división de trabajo; pero cuando la asesoría es esporádica o eventual nos encontramos con una forma de *complicidad*.

La *asesoría* puede versar incluso sobre aspectos técnicos en el área de *conversión*, *transformación*, *transporte*, *tenencia*, etc., de activos que tienen un origen ilícito. Puede darse en los aspectos profesionales o técnicos más diversos de los varios procesos que involucran el *lavado de activos maculados*, como es el caso de los abogados, economistas, importadores, exportadores, ingenieros en construcción, inversionistas en el mercado inmobiliario, bursátil, contabilidad financiera, o puede tratarse de consejo financiero o legal para inversiones en el proceso de conversión o para dar la fachada de legalidad a las actividades ilícitas creando compañías, etc.

Lo que nos interesa destacar es que tal *asesoría* como una forma de *participación criminal*, requiere *necesariamente* que sea prestada *a sabiendas* de que el fin de tal colaboración será una cualquiera de las conductas previstas en la ley como delictivas.

Una forma agravada de responsabilidad penal en materia de narcotráfico se produce cuando la actividad delictiva bajo cualquiera de sus múltiples formas (tráfico, enriquecimiento ilícito, lavado, testaferro, asesoría) es consecuencia de un proceso de asociación criminal, de acuerdo con lo que consigna la Convención de Viena de 1988 en su artículo 3, párrafo 5, letra a) que dice:

“5. Las partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;...”.

En la Ley de Drogas de 1990 el legislador ecuatoriano se quedó corto al limitar la agravante para el caso de la *conversión* o *transferencia de bienes* pues sólo para el caso consignado que incluye el narcolavado, aumenta la pena en el artículo 77 párrafo 2 ya citado. No encontramos un razonable criterio de lógica jurídica que haya limitado la penalidad agravada pues desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica debió consignarse la agravante genérica para todos los casos de delito previstos en el Estatuto antidrogas de nuestro país.

Es de reconocida práctica legislativa universal que se prevé una punibilidad de mayor intensidad cuando el acto delictivo es cometido en o a nombre de una organización, grupo o asociación criminal del que el delincuente forma parte, porque la asociación posibilita un mayor éxito de la empresa criminal, dificulta la investigación policial y garantiza en mayor medida la impunidad. En la Ley de *lavado de activos* está prevista una penalización más severa en el artículo 15, cuando se trata de una asociación criminal.

La asociación ilícita y el crimen organizado

En doctrina penal se trata de las formas criminales de mayor seguridad para los codeficientes y de mayor impunidad para la justicia por lo que significa una *organización* criminal de *lavado de activos*. Veamos algunos aspectos:

La *coparticipación* es la intervención de dos o más personas en la comisión de un delito; ésta puede ser *necesaria* cuando es requisito *sine qua non* (indispensable) del tipo penal, como cuando se requiere de un actuar en *pandilla* o puede ser *eventual*, cuando el tipo penal no requiere de una pluralidad de sujetos.

El *autor* que es quien comete el delito, puede ser *intelectual* (por ejemplo idea, planifica, organiza), que acude a la orden, al mandato, la coacción, el contrato, el convenio o concierto de voluntades, etc.; o *material*, que es el que ejecuta el hecho típico. En la *coautoría* hay la intervención de varios sujetos que actúan como autores. La *coautoría* a su vez puede ser *propia*; en ésta los sujetos desarrollan íntegra y simultáneamente la misma conducta. Es *impropia* cuando se realiza comunitariamente y con división de trabajo. En ambos casos, la responsabilidad penal no se divide sino que es igual para todos los coautores.

Cuando nos encontramos frente a un acto ilícito o conjunto de actos delictivos (como tráfico de drogas, tenencia de sustancias ilegales, narcolavado, testaferrismo, tenencia de armas, etc.) como obra de una organización delictiva, se afirma que hay *coautoría* y que no es posible hablar de *complicidad*. Hay *coautoría* cuando se trata de delitos perpetrados que responden al fin de una organización criminal o delincuencia organizada.

La diferencia entre *complicidad* y *coautoría* se fundamenta en lo siguiente: el cómplice participa en un acto delictivo que no le es propio, sino que le pertenece al autor; el *coautor* participa en un delito que constituye un objetivo o un fin para todos los coauto-

res, vale decir que es de propiedad de todos. La actividad del *cómplice* supone: a.- Participación material en un hecho típico. b.- Conocimiento de que actúa para otro, en tanto que el autor y coautores saben que actúan a nombre propio.

Cuando un delito o delitos responden a la actividad de una organización criminal esto es de quienes se asocian con fines delictivos responden todos *in solidum* (de manera solidaria) en el mismo nivel, pues se supone que al proceso de ejecución preceden actos de planificación, discusión y organización. Para efectos de la responsabilidad penal no interesa la división del trabajo porque esa es precisamente una de las características de la delincuencia organizada. El delito cometido les pertenece en calidad de *coautores*, por igual, a todos los que intervinieron, porque es obra de una empresa criminal común en razón del acuerdo o concierto previos. El trabajo se puede dividir, pero la responsabilidad penal no, porque es compartida por igual, pues es innegable que sin la concertación previa, la discusión, resolución, etc., el delito no se habría cometido.

En el caso de concurso de delitos tanto *real* (algunos delitos cometidos con diferentes actos) como *ideal* (algunos delitos cometidos con un sólo acto), la Ley de Drogas de 1990 dispone la acumulación de penas que se llama *técnico-jurídica* con un límite de hasta 25 años en el Art. 90. De manera que en el Ecuador es factible que en un caso de concurso o concurrencia de infracciones por narcotráfico se pueda llegar hasta este máximo que es excepcional en el régimen penal ecuatoriano. Esto no ocurre cuando se trata del *lavado de activos* en que la pena más alta es de seis a nueve años de reclusión.

La teoría del autor mediato

Esta tesis fue introducida en 1963 en la dogmática penal por el Profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin, y fue aplica-

da en el *caso criminal* contra Adolf Eichmann quien fue juzgado y condenado por un Tribunal en Jerusalén en 1968.

El Prof. Roxin sigue defendiendo su tesis, y en esta misma línea se ubican entre otros ilustres profesores: Stratenwerth, Schmidhäuser, Wessels, Maurach, Kai Ambos, Bustos Ramírez, y Enrique Bacigalupo. Podemos sintetizar expresando que de acuerdo con esta teoría tiene lugar la *autoría mediata*, cuando en base a órdenes del Estado, agentes estatales cometen delitos, como por ejemplo homicidios, desaparición forzada de personas, secuestros y torturas. Serán igualmente autores, en calidad de *autores mediatos*, los que dieron la orden de matar, secuestrar o torturar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso tanta responsabilidad como los ejecutores directos o materiales.

En la propuesta del Prof. Roxin, tratándose de una organización criminal de estas características, la realización del delito en modo alguno depende de los ejecutores materiales o directos. Estos ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables, y no pueden impedir que el hombre de atrás, el “autor de escritorio” (*Schreibtisch täter*) como le dicen en Alemania, alcance el resultado, ya que es éste quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados. Vale decir que mantiene *el dominio del hecho*.

Si el encargado de la ejecución del delito, se resistiere a la ejecución del mismo, esto no conlleva el fracaso de la actividad delictiva (he aquí una primera distinción con la instigación), porque de inmediato otro ocuparía su lugar y ejecutaría el delito, sin que necesariamente el hombre de atrás conozca que hubo un cambio del autor o ejecutor inmediato. El hombre de atrás, controla el resultado típico a través del *aparato organizado de poder*, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena

más o menos casualmente. El hombre del escritorio tiene el “dominio” propiamente dicho, y por lo tanto es autor mediato.

El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos constituye entonces una tercera forma de autoría mediata, que va más allá de los casos de coacción y de error. Esta tercer forma de autoría mediata, basada en el empleo de un aparato organizado de poder, tiene su piedra de base en la fungibilidad de los ejecutores que integran tal aparato organizado, quienes no dejan de ser, desde la perspectiva del inspirador, figuras anónimas y sustituibles, o en palabras de Roxin y del Tribunal de Jerusalén, engranajes cambiables en la máquina del poder.

Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en algún puesto en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde, cuando emplea sus atribuciones para ejecutar acciones punibles, siendo indiferente si actuó por propia iniciativa o en interés de instancias más altas que lo han comisionado. Lo decisivo será en todo caso, que pueda conducir la parte de la organización que está bajo su mando, sin tener que dejar al criterio de otros la consumación del delito.

Todos aquellos funcionarios que carezcan del poder de emitir órdenes, o bien aquellos otros que proporcionen los medios para matar, serían sólo cómplices. Del mismo modo, el denunciante ajeno al aparato organizativo sería instigador, pues no influye en el posterior desarrollo de los acontecimientos.

Compiten con la postura del Prof. Claus Roxin, la tesis de la coautoría sostenida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gunther Jakobs, y la de la instigación, que sostienen Herzberg y Köhler, así como el ilustre profesor Dr. Dr. h.c. mult. D. Eugenio Raúl Zaffaroni.

Una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un ‘autor detrás del autor’¹⁰⁵. Según el Código Penal Alemán, el autor mediato es quien comete el hecho por medio de otro, usándolo como instrumento. Por error o coacción sobre el ejecutor, ‘el hombre de atrás’ tiene el dominio del hecho.

Günther Jakobs explica que al igual que cualquier autor puede valerse de instrumentos mecánicos para su accionar delictivo, se pueden ‘usar’ a otras personas de la misma forma. Pero no como objetos inertes, sino como personas actuantes. A través del error o la coacción. El maestro de Bonn señala la característica fundamental de la autoría mediata: *“la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión”*, es decir, al ejecutor no le es imputable el delito doloso que no puede evitar, y esa responsabilidad se transmite a quien ostentó el dominio del hecho. Pero aquí Jakobs dictamina su primera oposición a la teoría de Roxin, al afirmar que *“la autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva del ejecutor”*¹⁰⁶.

Fiel a su iusfilosofía, JAKOBS sostiene que “la superioridad del dominio de la decisión ha de determinarse normativamente según su efecto sobre la imputación del ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto, pues no se trata del rango, desde el punto de vista de la dinámica de grupos, sino del rango normativo de la intervención”¹⁰⁷.

El profesor argentino, Edgardo Alberto DONNA¹⁰⁸ cuenta la genética de la teoría del dominio del hecho, como fundamento de

¹⁰⁵ Según nos comenta el profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI, esta expresión fue usada por Lange.

¹⁰⁶ GÜNTHER, Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 765.

¹⁰⁷ GÜNTHER, Jakobs, op. cit.

¹⁰⁸ DONNA, Edgardo Alberto *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder*, en AAVV *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001.

la autoría mediata. El punto de partida de la teoría del autor mediato es el dominio del hecho, que paternaliza Welzel en 1939, y remite a Hegler en 1915. Welzel negaba que aquel que se encuentra atrás del ejecutor pueda ser considerado autor, no era más que un inductor, “y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor”. Por eso fue necesario completar este concepto restringido de autor, con el de ‘dominio finalista del hecho’, para llegar a estos casos de ilícito propio en manos ajenas. DONNA luego habla de los tres tipos de autoría mediata: frente a actuaciones no típicas del ejecutor, frente a su ausencia de responsabilidad o su falta de culpabilidad.

La conducta del ciudadano que mediante engaños y artificios entrega *activos maculados* es la del autor mediato o inductor, en tanto que el error del autor inmediato o material, debe exonerarlo de responsabilidad penal.

Pero el tema puede presentar serias discusiones cuando se trata de la *criminalidad de la empresa* pues el delito de *lavado de activos* bien puede ser ubicado dentro de las manifestaciones de la delincuencia económica, y allí cuestionarse la presencia del *autor mediato* que como hemos manifestado es quien tiene el *dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder cuyos autores materiales son cambiables o fungibles*. Bien puede acontecer que se sostenga que allí no hay *autor mediato* porque se trata de delincuencia organizada en donde hay división de trabajo, y cumplimiento de diferentes *roles* que son previamente asignados.

Nos conducimos a lo que dice el catedrático emérito, Claus ROXIN en conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “*Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología*” de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Traducción del original “*Organisationsherrschaft*

alseigenständige Form mittelbarer Täterschaft” por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada)¹⁰⁹:

La figura jurídica del dominio de la organización puede, asimismo, ser aplicada también, por ejemplo, a actividades terroristas y determinadas formas de aparición de la criminalidad organizada, en tanto se den sus condiciones en cada caso particular.

¿Pero se puede de este modo declarar autores mediatos también a los superiores de empresas, si inducen a los empleados de su negocio a cometer delitos? El Tribunal Supremo alemán sostiene esta opinión. Ha afirmado ya en la sentencia sobre el Consejo de Seguridad Nacional de la RDA: *“También el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas se puede solucionar así”*, y ha procedido, asimismo, de este modo en una serie de sentencias posteriores.

Pero aquí no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de la organización faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambiabilidad [Austauschbarkeit] de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario. Por otro lado, no se puede desconocer que hay una necesidad político criminal de castigar como autores a cargos directivos que proponen, promueven o, incluso, solo permiten acciones criminales en sus empresas. MUÑOZ CONDE y SCHÜNEMANN, dos colegas que me son especialmente cercanos, quieren, por este motivo, aceptar en tales casos, de modo distinto al ámbito de la restante criminalidad, una coautoría entre personas de dirección y de ejecución. Pero los argumentos que he hecho valer contra una coautoría en el ámbito del dominio de la organización [Organisationsherrschaft] son válidos en gran parte también aquí, de modo que una solución así me parece problemática.

Me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mí desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [Pflichtdelikte] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad [Garantenstellung zur Wahrung der Legalität] de las acciones de la empresa. Tenemos ya hoy para los delitos de funcionarios [Amtsdelikte] un precepto así en el Código Penal alemán. En el artículo 357 se dice: ‘Un superior que induce a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo... o intenta inducir o permite que suceda un hecho antijurídico tal de sus subordinados, ha incurrido en la pena prevista para este hecho antijurídico’. Esta norma pudiera aplicarse a superiores autorizados para dar órdenes en empresas.

Para ello hay ya propuestas de TIEDEMANN y BOTTKE, y también el proyecto de un Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la UE contiene en el Art. 13 una regulación así: ‘Si se comete un delito por cuenta de una empresa por una persona, que está bajo la autoridad del director de la empresa o de otra provista de poder de decisión o control en la empresa,

el director de la empresa o el encargado de la decisión o control es también penalmente responsable, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio orden para su comisión, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control necesarias'. Todos estos esfuerzos muestran que el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder no es una figura jurídica adecuada para superar los problemas que aquí existen.

Debería, naturalmente, reflexionarse más a fondo acerca de cómo debiera ser en concreto una regulación penal de la responsabilidad de cargos directivos en la empresa”.

Para nosotros es perfectamente aplicable la figura del *autor mediato* en el *lavado de activos* pues tomemos como ejemplo el caso de una organización criminal dedicada al *tráfico de drogas ilegales o de armas de destrucción masiva o de personas*, y decide *lavar los activos* adquiridos ilícitamente. Con este objetivo crea compañías de papel, contrata abogados, economistas, etc., hace negocios con importadores de vehículos, con empresarios de la construcción y otros. El *autor mediato* o el *hombre de atrás* es el dueño del activos maculado y los *autores fungibles o intercambiables* son los que van a participar en el proceso de *lavar los activos maculados*. Si alguno de los partícipes decide no actuar, el *autor mediato* (que puede ser también un colectivo de personas y no uno solo) busca un sustituto porque el ejecutor es cambiabile.

La objeción del Prof. ROXIN de que “*las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales*” puede tener aplicación en determinadas situaciones, pero en un caso como el planteado, es perfectamente aplicable, tanto más si el otro fundamento de que “*falta también la intercambiabilidad [Austauschbarkeit] de los que están dispuestos a acciones criminales*”, al tratarse de delincuencia organizada, tiene precisamente esa característica en los ejecutores materiales, de ser fungibles o cambiables.

La finalidad de la organización criminal es la de legitimar al final los activos maculados que ha conseguido u obtenido con cualquier conducta delictiva como tráfico de drogas, armas, personas, etc. Estas organizaciones nacieron como empresas criminales y llegan a obtener activos que tienen un origen ilícito, de manera que nunca actuaron dentro del derecho, sino al margen del mismo desde su nacimiento. Por lo anterior la preocupación del Prof. ROXIN de que “*tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa*”, no creemos que sea sostenible cuando se trata de empresas criminales que desde su constitución se encuentran al margen de la ley, pues hay un proceso de organización que tiene el objetivo de cometer delitos de variada índole, cuyos *activos* o *ganancias* deben ser posteriormente *lavados* o *blanqueados*. Nuestra posición es que resulta pertinente aplicar en estos casos la teoría del *autor mediato*.

Responsabilidad del abogado defensor que recibe honorarios maculados

Por la importancia que tiene el tema y por la afectación que puede tener para el libre ejercicio no solo de la profesión de abogado sino de cualquier otra actividad profesional, vamos a insertar algunas reflexiones sobre la eventual responsabilidad penal del abogado que recibe por concepto de honorarios profesionales, *activos, bienes o dineros maculados*. Es decir con el conocimiento de que los mismos provienen de la comisión de un delito, bien que tuviese conocimiento con visos de certidumbre del origen ilícito, o que deba presumir razonablemente tal antecedente delictivo.

De acuerdo con nuestra legislación el *lavado de activos* es un tipo penal abierto, y sus modalidades delictivas están previstas en una serie de verbos rectores como núcleo del tipo, que incluyen actividades como las de asesoramiento técnico entre las que bien

pueden incluirse la del abogado que por ejemplo, crea *compañías de papel* como medio para *lavar activos maculados*.

Cuando el artículo 14 de la Ley de *lavado de activos* utiliza expresiones como las de sancionar a quien “*se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito*”, puede incluir la figura del abogado asesor o consultor que conociendo la *necesidad* de *lavar activos maculados*, asesora las formas o maneras de darle visos de licitud a determinadas transacciones o negociaciones.

El tema en discrepancia es si debe responder penalmente el abogado que pudiendo conocer razonablemente que le están pagando sus honorarios con *activos maculados*, los acepta? Pensemos que podría estar cubierto por una *causa de justificación* que enerva el juicio de *antijuridicidad* porque nos encontraríamos frente al ejercicio legítimo de un derecho, profesión u oficio, que es causa que excluye el juicio de desvalor del acto¹¹⁰.

Pensemos por un momento en el caso de un ciudadano a quien se encuentra con un gran alijo de cocaína y tiene antecedentes por el mismo tipo de delitos, y decide contar como su defensor con un abogado con quien pacta libremente un alto monto de honorarios. Debe el abogado presumir razonablemente que le está pagando honorarios con *dinero maculado* y que con su intervención estaría *blanqueando* parte de los *activos sucios* ¿Y si fuese cierto este razonamiento, debe abstenerse de intervenir por el riesgo de ser procesado por *lavado de activos*?

El imputado tiene el derecho de elegir a un defensor de su confianza y pagar los honorarios que estime justos en esa contratación profesional. La Constitución de Ecuador del 2008, en el artículo 75 garantiza el derecho a la defensa y a una tutela judicial

¹¹⁰ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de derecho penal. Parte general*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, pp. 243 y siguientes.

efectiva, y en el artículo 76 numeral 7 garantiza *in extenso* el derecho a la defensa, que se encuentra previsto igualmente en el artículo 8 numeral 2 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos. A lo expresado agregamos, que tiene plena aplicación el *principio de presunción de inocencia*, de manera que para el abogado su patrocinado está protegido constitucionalmente por el *principio de presunción de inocencia* mientras no exista una sentencia condenatoria en firme. Establecer responsabilidad del abogado por recibir un pago de honorarios que debe asumir o presumir que son *activos maculados* significaría un adelantamiento de la punibilidad —que es una característica del *derecho penal del enemigo*— por un *presunto delito de drogas* por ejemplo, del cual se va a presumir otro que es el de *lavado de activos*.

Lavado de activos y derecho penal del enemigo

El Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid Manuel CANCIO MELIÁ, empieza por recordarnos que la reintroducción macabra de este “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia principalmente de los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001¹¹¹. Su propuesta se dirige a examinar este concepto para encontrar su significado para la teoría del Derecho Penal y evaluar sus aplicaciones desde la política- criminal, para esto propone esbozar la situación global de la política criminal en el momento actual, para luego abordar el contenido y la relevancia del concepto de Derecho penal del enemigo. Como Derecho positivo, este Derecho penal del enemigo, forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real, afirmando que “Derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, y “Derecho penal del enemigo”, una contradicción en los términos¹¹².

¹¹¹ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 60.

¹¹² CANCIO MELIA Manuel, op. cit., p. 61.

Al referirse al estado actual de la política-criminal, considera que esta puede resumirse utilizando el concepto del profesor Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, de la Universidad Pompeu Fabra, que caracteriza a la política criminal de las sociedades postindustriales, como la “expansión” del Derecho penal. Esto se corrobora por la onda expansiva que caracteriza las nuevas formas de criminalidad que se van incorporando a los cuerpos normativos penales, que llega en ocasiones a la propuesta de verdaderos cuerpos legales calificados como antiterroristas, con supuestos de criminalización de actos preparatorios, y lesiones a bienes jurídicos con penalizaciones excesivamente rigurosas. CANCIÓ MELIÁ califica tal postura como de un “Derecho penal de la puesta en riesgo”, de características antiliberales. Esta evolución político-criminal y su onda expansiva, se resume en dos fenómenos: a) el derecho penal simbólico, y, b) el resurgir del punitivismo. Tanto la evolución simbólica como el aumento de la punibilidad constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo¹¹³. Hay que estar precavidos de entender bien que el concepto de “simbólico” no elude el convencimiento de la dureza “muy real y nada simbólica” de las experiencias que sufre quien es sometido a un sistema penal “duro”. Sin duda, tanto por la dureza como por las condiciones en que es cumplida, la pena me parece en este caso un acto de venganza y la imposición de un daño concreto que tiene poco de “simbólico”. En casos como este, en lo personal no encuentro legitimación en los predicados de la prevención general o especial, y la única explicación -no justificación- debemos encontrarla en la ideología de la retribución. Como bien expresa CANCIÓ MELIÁ, cuando se usa en sentido crítico el concepto de Derecho penal simbólico, hacemos referencia a que *“determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y bien decidido”*, agregando que el

¹¹³ CANCIÓ MELIÁ, Manuel, en op. cit., p. 65.

Derecho penal simbólico tiene su descendiente, que es el Derecho penal del enemigo¹¹⁴.

La expansión no se limita a incrementar los tipos penales de la parte especial para amplificar el radio de aprehensión del Código Penal, sino que se completa incrementando las escalas punitivas, con lo cual se destruyen los movimientos de reformas en la línea de un *Derecho penal mínimo*. Grave resulta comprobar que en esta tendencia, no sólo participan los denominados sectores de la derecha sino inclusive los calificados como de izquierda o progresistas, esto se produce porque el discurso de *ley y orden* es redituable políticamente, es el de menor esfuerzo y el de mayor aceptación ciudadana. Resulta claro que no se pueden separar punibilidad y derecho penal simbólico, debiendo tener presente el rédito político que produce un uso instrumental de esta propuesta de derecho penal simbólico, que es una propuesta que permite incluso seguir manteniendo el ejercicio del poder político.

En la opinión de JAKOBS¹¹⁵, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: a) Hay un adelantamiento de la pena a estadios previos a la comisión del delito, que ni siquiera están en el plano de la tentativa sino de los actos preparatorios, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva porque toma como punto de referencia un hecho futuro, en lugar de ser retrospectiva que es lo normal, es decir referida a un hecho pasado o cometido. b) Las penas son desproporcionadamente altas en esos estadios previos. c) Las garantías procesales son recortadas y hasta suprimidas.

El catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, Jesús- María SILVA SÁNCHEZ¹¹⁶, ha incorporado el fenómeno del Derecho

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 68.

¹¹⁵ CANCIÓ MELIÀ, Manuel, en *op. cit.*, pp. 79-81.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María, *La expansión del derecho penal*, Segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, 167 páginas.

penal del enemigo a su propia visión político-criminal. En el marco del ordenamiento jurídico penal actual se diferencian dos *velocidades*. La primera *velocidad* se refiere al Derecho penal en el que se siguen imponiendo penas privativa del derecho a la libertad como ha sido tradicional, aquí se mantienen vigentes los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos (como los del debido proceso). La segunda *velocidad* está constituida por aquellas infracciones en las que se imponen penas pecuniarias o restrictivas de determinados derechos (sanciones de inhabilitación, de suspensión, de clausura), las propuestas de un derecho penal administrativo se vienen discutiendo. Frente a estos planteamientos, el Derecho penal del enemigo se presenta como la tercera *velocidad*, en el que van a coexistir la imposición de penas privativas de la libertad, y la aplicación negativa de los principios político-criminales y las reglas de imputación, porque se llegan a penalizar los estadios previos y a recortar garantías procesales.

Luis GRACIA MARTIN, coincide en identificar las regulaciones típicas de un Derecho penal del *enemigo*, sintetizadas en: 1) la anticipación de la punibilidad a actos *preparatorios* de hechos futuros, como podría ser la sola pertenencia a una organización criminal como en el caso del terrorismo; 2) desproporcionalidad de las penas, con la imposición de penas sumamente altas para actos *preparatorios* o de tentativa, en comparación con delitos consumados, llegándose a agravaciones desmesuradas por la sola pertenencia a una organización calificada como delictiva; 3) recuerda que hay la tendencia reconocida por el propio JAKOBS, de llamar a esta legislación como “leyes de lucha, o de combate”, lo cual representaría “pasar de una legislación penal a una legislación de combate”; 4) que hay una restricción de garantías y derechos *procesales* de los imputados, cuestionándose la presunción de inocencia, dando paso a la licitud de la prueba prohibida, ampliándose plazos para la detención policial, la interceptación de las comunicaciones sin resguardo alguno y hasta la legitimación de la tor-

tura; y, 5) se producen regulaciones en el Derecho *penitenciario* que significan recorte de determinados beneficios, desde los que tienen que ver con la clasificación y ubicación de los internos, hasta las posibilidades de excarcelación anticipada¹¹⁷.

Este Derecho penal del enemigo, es una herramienta de mercadotecnia utilizada hábilmente por los agentes políticos y sus secuaces, que termina conduciéndonos a un nuevo derecho penal de autor en pleno siglo 21, pues se busca identificar y definir previamente al *enemigo* a quien se debe destruir incluso por sus pensamientos, lo cual hace surgir la incompatibilidad del derecho penal del enemigo con el principio del hecho¹¹⁸, vale decir con un derecho penal de acto. Debemos preguntarnos si esta gran *cruzada* contra el *enemigo*, ha destruido al enemigo o al menos limitado su escalada de crecimiento?

Por nuestra parte decimos que el respeto al Estado de Derecho debe ser total y sin limitación alguna. No es posible concebir un Estado de Derecho a medias, o es Estado de Derecho o no es Estado de Derecho¹¹⁹.

Lavado de activos e imputación objetiva

Podría presentarse la situación de un involucramiento a abogados que reciben dineros para patrocinar defensas conociendo o debiendo presumir razonablemente que tales *activos* tienen un origen *delictivo*. Pero podríamos aplicar el mismo razonamiento para incriminar o abrir un proceso penal por *lavado de activos* a un médico cirujano plástico o estético, que recibe la visita de un “jefe narco”, y el pago de 50 mil dólares para embellecer a la novia

¹¹⁷ GRACIA MARTÍN, Luis, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 07-02 (2005), p. 4. <http://criminnet.ugt.es/recpc>.

¹¹⁸ CANCELÓ MELIÁ Manuel, en op. cit., p. 100.

¹¹⁹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Política criminal, Derecho Penal del enemigo y la impronta del terrorismo*, Jurista Editores, Lima, 2009, pp. 249-281.

joven del “jefe narco”. Igual podría ocurrir con el profesional que crea compañías para venderlas constituidas, o del agente inmobiliario que ofrece propiedades en venta, o del importador de vehículos que ofrece o que vende sus carros a *capos del narcotráfico*, o a los que lideran una red de prostitución, de tráfico de armas, de tráfico de migrantes, de pornografía infantil, etc. Probablemente con tal razonamiento se paralizaría cualquier actividad profesional por el riesgo de una incriminación.

Nuestro razonamiento se perfila en el sentido de sostener que ni el abogado ni el médico se habrían apartado de sus *roles propios* como abogado y como médico, en la sociedad de riesgo en que vivimos; que su conducta es *socialmente adecuada* en la concepción de Hans WELZEL, y que siendo en verdad conductas neutras por ser socialmente adecuadas, debe funcionar u operar a favor de ellos la *prohibición de regreso* de Gunther JAKOBS, no siendo en consecuencia merecedoras de reproche desde la óptica penal.

El mismo JAKOBS, al referirse al tema de la *imputación objetiva* reconoce que “la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social, todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, ni se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión la interacción social se vería afectada por funciones de supervisión y otras auxiliares”¹²⁰.

¹²⁰ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 19-20.

Agregamos por nuestra parte que el ciudadano y en este caso el abogado debe responder si se aparta de su *rol*, pues cada persona debe asumir el correspondiente rol y responder por el mismo cuando se desvía. Como dice el mismo JAKOBS, “las garantías normativas que el derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles -si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas- determinados cometidos, es decir, aseguran *standars* personales, roles que deben ser cumplidos... con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación *rol* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata por tanto, de una institución que se orienta con base en personas”¹²¹.

En expresiones del mismo JAKOBS, “*La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol*”¹²². Admitiendo que hay dos clases de roles, el que llama *roles especiales* que cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos referidos a personas como en la relación de padres a hijos, que deben formar una comunidad. Los titulares de estos roles al quebrantarlos deben responder como autores. En el otro grupo están los roles comunes, que aluden al rol de comportarse como una persona en derecho, es decir el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios.

¹²¹ Ibídem. pp. 21, 22.

¹²² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, op. cit. 71.

Podemos relacionar lo dicho con las *fuentes de posición de garante*, como para responder a la interrogante de *¿cuándo se tiene la obligación jurídica de impedir un acontecimiento?* La exigibilidad de la conducta y la posibilidad del reproche de culpabilidad son temas de alto contenido doctrinario, y hay mucho material para el debate.

Hay que advertir que no es cierto, como en más de una ocasión jueces u otros operadores de justicia afirman, que la doctrina penal es irrelevante en la toma de decisiones al momento de resolver, muy por el contrario y en el tema de la *imputación objetiva* la aplicación de la misma ya tiene un espacio consolidado en la jurisprudencia colombiana y peruana¹²³, ni que decir en la jurisprudencia y doctrina españolas y alemanas. En Ecuador en forma expresa el Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, señala en el artículo 28 que consagra el *Principio de la obligatoriedad de administrar justicia*, en el párrafo tercero:

“Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de la disposiciones que regulan una materia”.

Para destacar la importancia de la *imputación objetiva*, recordemos que hay *delitos de mera actividad* (caso de la injuria) en que el tipo se consolida por la manifestación de la conducta descrita, y los *delitos de resultado* cuando se requiere la manifestación de un resultado apreciable de manera objetiva (un homicidio). Se podría decir en principio que realizada la conducta típica en el primer caso, o producido el resultado en el segundo, podemos afirmar la tipicidad objetiva y verificar la tipicidad subjetiva para considerar concluida la tipicidad y seguir al examen de la antijuridicidad.

¹²³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*, en www.alfonsozambrano.com

Pero realmente se presentan casos en que por la separación entre el acto y el resultado, surgen dudas acerca de la necesidad político-criminal de hacer responsable al autor por el hecho delictuoso que se causa, tratando de determinar, que el *causar* el resultado por la conducta del sujeto es *jurídicamente esencial*.

Como dice el destacado jurista peruano don Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ, “desde hace algún tiempo y después de múltiples intentos por solucionar los problemas *manipulando* la teoría de la causalidad, la doctrina ha venido considerando la necesidad de agregar una exigencia mas de carácter normativo (no prevista expresamente en la ley) dentro de la *tipicidad*. Nos estamos refiriendo a la *imputación* objetiva. Según esta teoría ‘para que un determinado comportamiento pueda ser entendido como que realiza el tipo, no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento’¹²⁴. Es decir no basta por ejemplo con haber causado, dolosa o imprudentemente, una muerte o una lesión corporal para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario además que dicho resultado típico pueda serle imputado objetivamente a él, con base en determinados criterios... La *imputación objetiva* implica la admisión en la tipicidad, en contra de la doctrina clásica de un elemento de valoración. Esto no es incompatible con la comprensión moderna de la tipicidad, pues se ha reconocido a esta, ampliamente un carácter de proceso de atribución valorativo¹²⁵”. La teoría de la imputación Objetiva no solamente ha encontrado aplicación en los delitos dolosos de comisión. Su importancia es inclusive más evidente en los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión), donde el tipo objetivo ni siquiera requiere una relación de causalidad propiamente dicha, sino solamente que al sujeto activo le sea *imputable*

¹²⁴ PUIG MIR, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1990, p. 229.

¹²⁵ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *El delito culposo*. Santiago de Chile, 1995, pp. 30 y ss.

objetivamente el no haber impedido el resultado cuando debió haberlo hecho en virtud de su posición de garante”¹²⁶.

Para nosotros la teoría de la *imputación objetiva* resultaba inobjetable en los delitos culposos, porque nos permite solucionar problemas como los relacionados con la infracción del deber de cuidado, la previsibilidad, la evitabilidad del resultado. Es de tal relevancia hoy la teoría de la *imputación objetiva* al punto que sólo puede ser considerado autor del resultado típico aquel a quien puede imputársele objetivamente tal hecho. El principio general en que se basan los criterios de imputación objetiva, exige que la acción humana haya producido un riesgo que merezca ser desaprobado legalmente, el cual debe además haberse producido en el resultado y debe encontrarse comprendido por el fin de protección de la norma.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus ROXIN que tiene espacio propio en el tema de la *imputación objetiva* nos recuerda que la teoría de la imputación había caído en el olvido completamente en la segunda mitad del siglo 19, en el curso del pensamiento causal orientado en las Ciencias naturales se reactiva a partir de los años sesenta del siglo 20, expresando que “en la ciencia se impone cada vez más la concepción de que la imputación al tipo objetivo tiene que realizarse según dos principios relacionados entre ellos:

a) Un resultado causado por el actor sólo debe ser imputado al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto... Mientras que la ausencia de la creación de un peligro lleva a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico solo tiene por consecuencia la desaparición de la

¹²⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *La imputación objetiva en el derecho penal. Nociones preliminares*. Lima-Perú, Idemsa, 1997, pp. 14-16.

consumación, de tal manera que, dado el caso, puede imponerse una sanción penal por tentativa.

b) Generalmente es imputable el resultado cuando constituye la realización de un peligro creado por el autor, de tal manera que se completa el tipo objetivo. Pero aun así puede excepcionalmente negarse la imputación cuando el radio de acción del tipo no incluye el impedir tales peligros y sus efectos... Resumiendo se puede decir, entonces, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo”¹²⁷.

Aquí entra en consideración otro de los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a la *imputación objetiva* que es el *riesgo socialmente permitido* y la determinación en el caso concreto, si el sujeto actuó dentro del riesgo que estaba socialmente permitido o se excedió del mismo, caso en el que se debe aplicar la imputación objetiva.

La sola causación de un resultado adecuada o dolosa es insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación solamente afecta el lado cognitivo de lo acontecido sin ningún aporte social. Si en toda manifestación social se hubieren de considerar todas las posibilidades y probabilidades desde el punto de vista cognitivo simplemente se paralizaría toda actividad de la sociedad, desde la fabricación de un automóvil por el pronóstico posible de una causación de víctimas, la producción de bebidas alcohólicas por el peligro de muerte por intoxicación, la intervención quirúrgica por la posibilidad de que el paciente no soporte la operación o tenga problemas post operatorios, no se construirían los aviones o los ascensores por el temor o riesgo de un accidente, y un interminable etcétera.

¹²⁷ ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal. La imputación ulterior al tipo objetivo*, IDEMSA, Lima, 1997, pp. 91-93.

Como dice el mismo Günther JAKOBS, el ciudadano que paga una obligación comenzará a pensar si el que recibe el pago va o no a darle un buen uso al dinero, en conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”¹²⁸. Lo que resulta cierto es que el fabricante de un avión, de un automóvil, de un ascensor, tiene que cumplir con los estándares (requisitos, control de calidad, pruebas previas, etc.) sin que tenga que estar preocupado por lo que pueda ocurrir luego con el aparato construido. Las garantías normativas que el derecho establece, “no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles -si así fuese se produciría una paralización inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas- determinados cometidos, es decir aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación con base en patrones generales, sin necesidad de conocer las características personales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos, o al menos, parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es portadora de un rol”¹²⁹.

En su momento lo que se va a examinar es si el actor o sujeto no se apartó de su *rol* en función del cargo o empleo o actividad que desempeña en una sociedad de riesgo, apareciendo lo que luego vamos a consignar como el *riesgo socialmente permitido*. Los ejemplos clásicos son ilustrativos, como el del panadero que cumple con su *rol* siéndole ajeno que quien compra pan, luego lo envenene para cometer un asesinato sin la participación o cooperación del panadero, o el caso del taxista que cumple con su *rol* y hace una carrera o servicio de taxi, pero ocurre que los ocupantes del carro van a consumir un robo en el lugar del destino, tal aconte-

¹²⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 1997, p. 20

¹²⁹ JAKOBS, Günther, en op. cit., p. 21.

cimiento es ajeno para el taxista que no se apartó de su rol. Esto es perfectamente aplicable para quienes transporten drogas ilegales sin conocimiento, en que estaríamos frente a *un error de tipo* pues falta el dolo que es el *querer de un resultado típico*, y ante la inexistencia de un actuar en forma consciente y voluntaria, esto es con conocimiento o representación, y con la intención de la adecuación de la conducta al acto típico, el acto no será típico por ausencia del dolo. Lo mismo deberíamos decir del abogado que constituye compañías y las vende, el ha actuado dentro de su *rol*, su *conducta es neutra* o inocua, y debe aplicarse correctamente la *prohibición de regreso* a su favor.

Lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento es que se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un *rol*. No son decisivas las capacidades de quien actúa sino las de un portador de *rol*, definiéndose la denominación *rol* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, se trata de una institución que se orienta con base en personas. En los llamados delitos imprudentes esto resulta de más fácil aplicación, pues quien conduce un vehículo a velocidad excesiva asume el *riesgo* de la causación de un delito o infracción de tránsito, y si este hecho se produce debe responder porque se apartó de su *rol* de ciudadano, que debe conducir con la debida prudencia y cuidado. Distinta es la situación del mecánico que repara o repone adecuadamente los dispositivos de freno, que cumple con el encargo de revisión de motor y cambio de llantas, pues *no se apartó de su rol*, siendo para él indiferente lo que pueda ocurrir después de que ha cumplido con el encargo atinente a su *rol* de mecánico.

La teoría de la *imputación objetiva* es una herramienta para interpretar adecuadamente si el suceso o acontecimiento puesto en marcha por una persona debe ser apreciado como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o

adaptado. Se busca que el acontecimiento deje de ser estrictamente naturalista, esto es que vaya más allá de ser una suma de datos que no tienen ninguna relevancia jurídica. Desde la óptica del Derecho penal no se plantea la cuestión de lo que una acción o acto ha producido de una manera objetivamente imputable, sino si el acontecimiento por ser objetivamente imputable, constituye en realidad una acción jurídico-penalmente relevante¹³⁰.

En palabras del propio JAKOBS se puede resumir:

1.- Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.

2.- Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quien compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quien por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente —o si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma—. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.

3.- Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación— lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes”¹³¹.

Para nosotros el *rol* del ciudadano o ciudadana se convierte en esencial, pues debemos determinar si ha quebrantado o no el *rol*

¹³⁰ JAKOBS, Günther, en op. cit. p. 24. Quien agrega: “Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social”.

¹³¹ Ibídem. p. 25.

que le era propio, para concluir si hay lugar a la *imputación objetiva*. Si el actor se comporta dentro de su *rol* como ciudadano la conducta resulta adecuada a derecho y en consecuencia surge la *prohibición de regreso*. Veamos un caso sencillo: el médico interviene en una operación cuyo resultado *prima facie* es bueno, y luego durante el post operatorio el o la paciente deliberada o negligentemente no cumple con las prescripciones médicas, a consecuencia de lo cual se enferma y muere. Resultaría injusto que se le pretenda imputar objetivamente el resultado al médico que cumplió con su *rol* como tal, y en este caso el resultado es atribuible estrictamente a la víctima. Si en el mismo caso, el paciente fallece a consecuencia de un accidente de la ambulancia que lo traslada a su domicilio, todos habrían cumplido con su *rol* y nos encontraríamos con un hecho fortuito o una desgracia.

Queremos intentar respuestas en función de las distintas modalidades de adecuación típica que prevé la Ley de *lavado de activos* de Ecuador del 2005, que contempla figuras como las de asesoramiento técnico, así como de organización de sociedades o empresas que tengan el propósito de *lavado de activos*, conforme prevé el artículo 1 de la referida Ley. *Prima facie* podría aplicarse la Ley, al abogado que le vende una Compañía a quien tiene *activos maculados* que los va a *blanquear* a través de las Compañías compradas, al importador que le vende vehículos incluso a precios mayores que los del mercado, al constructor que le vende un edificio, al ingeniero o arquitecto que le hace el diseño de un proyecto inmobiliario, al asesor financiero que le sugiere en que sector hacer una inversión con una rentabilidad mayor, como en línea de supermercados o grandes tiendas de productos varios, al médico que asesora para que se hagan inversiones en la construcción de centros hospitalarios, de edificios para atención de médicos, o venta en propiedad horizontal, en la industria farmacéutica, en la compra o creación de una cadenas de boticas, etc.

Si todos los hechos precedentes se diesen, siendo parte de una organización criminal en la que hay reparto de trabajo, parece razonable que la *imputación objetiva* abarque a todos porque los actores son parte de una estructura de delincuencia organizada, en la que hay una división de trabajo. Si no fuese así no tiene por qué responder el abogado, el importador, el asesor financiero, el ingeniero, el arquitecto, el médico o cualquier otro profesional, que actúa dentro de su *rol* propio. ¿Por qué debe preocuparle al abogado o a cualquiera de los otros profesionales, el destino que se le dé finalmente a la compañía, empresa o negocio? Esa situación escapa al *rol* propio de cada uno de los actores que prestaron un servicio en el ámbito de su competencia funcional o profesional.

Si no se aplica correctamente la *imputación objetiva* seguramente nos vamos a encontrar con situaciones injustas, como la ocurrida a algún abogado ecuatoriano, que vendió compañías, que luego asumió la gerencia de las mismas y que recibió transferencias de banco a banco, y las utilizó para pagar obligaciones pendientes o que se contraían. El abogado fue apresado y condenado por *asociación criminal y lavado de activos* que provenían presumiblemente de tráfico de drogas ilegales, no obstante que jamás recibió dinero en efectivo sino que el dinero provenía de transferencias de banco a banco. Jamás se llamo a juicio y menos se condenó a alguno de los banqueros que transfirieron dineros presumiblemente *maculados* o *sucios*.

Recordemos lo que nos dice el propio JAKOBS con respecto al tema de la *imputación objetiva*, recordando que hay determinados límites a los roles, al igual que sucede con las posiciones de garante, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque haya sido causado de modo que fuese perfectamente evitable. El ilustre Dr. Dr. h.c. mult. Günther JAKOBS enuncia lo que él denomina cuatro instituciones que le dan soporte a la *imputación objetiva*, advirtiendo que se trata de posibles configuraciones co-

herentes para construir la *imputación objetiva*, es decir que no se trata de conceptos irreductibles sino que deben ser racionalizados en el momento de examinar el caso.

1.- Con respecto al *riesgo permitido*, dice el profesor JAKOBS, “no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. *Existe un riesgo permitido*”¹³².

Como ilustración mencionemos ejemplos como los de diseño de un automóvil, de un avión, de una intervención quirúrgica, que deben responder a un estándar, de manera que cualquier riesgo residual es ajeno al rol del ciudadano que hace el diseño o del médico. Allí entra en consideración el *riesgo socialmente permitido* que asume quien conduce un automóvil o viaja en un avión, o se somete a una intervención quirúrgica. No es válido pensar en la posibilidad de prohibir cualquier puesta en peligro, pues de ser así se paralizaría toda actividad social. Como dice JAKOBS, “no es la propia praxis, sino las normas que determinan la práctica las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, resulta evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia”¹³³.

Por mucho cuidado que tengan los padres con respecto a los hijos, ponerlos a salvo de todo tipo de peligros es simplemente *imposible*.

2.- “Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. *Existe un principio de confianza*.”

¹³² JAKOBS, Günther, en op. cit., p. 28.

¹³³ *Ibidem*. p. 29.

En determinados ámbitos —pero sólo en determinados ámbitos— también se puede vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y de ahí que en la mayoría de las ocasiones pierda mas respecto de la realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás. Pero esto no es ni la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Por el contrario la razón fundamental estriba en que los demás son a su vez, sujetos responsables. La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables”¹³⁴.

Es válido lo que sostiene el jurista alemán JAKOBS pues el *principio de confianza* es también importante, pensemos en el ejemplo del dueño del vehículo que lo deja en reparación y lo retira, el dueño no tiene razones para dudar de la *confianza* que le merece el mecánico aunque en un caso concreto pueda haber actuado de mala fe o con negligencia o descuido. Si se produce un hecho lamentable por parte del conductor, atribuible a las malas condiciones del vehículo, se puede llegar a determinar que él no incumplió con su *rol* y que el *principio de confianza* lo llevó a suponer que el mecánico también había actuado dentro de su *rol* aunque en realidad no hubiese sido así.

El *principio de confianza* hace factible la división de trabajo y permite en un momento dado comprobar quien se apartó de su *rol*. Quien conduce un vehículo puede confiar en que el otro conductor va a respetar el derecho de preferencia aunque en un momento dado eso no ocurra así, pero el *principio de confianza* es importante para la supervivencia de una sociedad civilizada. Aplicado al tema de *lavado de activos* podríamos sostener que el abogado que recibe el encargo de una defensa, confía en el *origen lícito* de los

¹³⁴ JAKOBS, Günther, en op. cit., p. 30.

dineros que recibe como pago justo por su trabajo, al igual que el médico, el economista, el ingeniero, etc. El profesional no tiene porque ir a averiguar el origen de los dineros con el que se le hace el pago de honorarios, pues está actuando dentro del cumplimiento de su *rol*, y en el ejercicio legítimo de una profesión, arte u oficio.

3.- Para mantener coherencia en el comentario, si un sujeto o actor no se aparta de su *rol* ni defrauda la *confianza*, que los demás tienen en su actuación, resultaría injusto que se le *impute objetivamente* el resultado que puede ser lesivo de bienes jurídicos de terceros, siendo esta situación resuelta mediante la denominada *prohibición de regreso*. Como dice el profesor JAKOBS, “el carácter de un comportamiento no puede imponerse de un modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida”¹³⁵.

Como hemos dicho a favor del profesional, abogado, médico, ingeniero, arquitecto, economista, etc., debe funcionar y aplicarse correctamente la *prohibición de regreso*. No obstante lo que parece justo y coherente, hemos comentado la mala e injusta experiencia del abogado ecuatoriano condenado por haber vendido compañías de papel, y haber actuado en el cargo de gerente o representante legal de las mismas. En ese caso no se encontró drogas, sino que habían inversiones de dineros cuyo origen se llegó a reputar como *maculado* aunque se trataba de dineros llegados a Ecuador mediante transferencias de banco a banco.

¹³⁵ JAKOBS, Günther, en op. cit., p. 31.

Aquí es válido insertar algunos ejemplos como el del panadero que cumple con su *rol* de vender el pan, o del taxista que conduce a sus pasajeros, o del abogado a quien se le consulta la constitución y compra de una compañía, o del asesor financiero a quien se le consulta sobre determinadas inversiones. Aunque el tercero pudiera sospechar lo que va a hacer quien lo consulta, o que los *activos* pudiesen tener un origen *maculado* esto no es de incumbencia de quien presta la asesoría o consultoría. “A diferencia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria, y ello porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo”¹³⁶.

Se pueden discutir los límites de *la prohibición de regreso* pero este principio debe ser aceptado por quienes sostenemos que es fundamental garantizar la libertad de respetar los fines que perseguimos honestamente, y que no sean absorbidos en la maraña de los contactos sociales. Cada quien debe responder por lo que hace y por lo que deja de hacer, no tiene que responder por el hacer de los demás.

4.- El reparto de *roles* y *el principio de confianza* no puede estar al margen de la *actuación de la víctima*. Puede ocurrir que la propia víctima deliberadamente se coloque en situación de *riesgo* en ejercicio de su propio *rol*, caso en el que se le debe *imputar objetivamente* el resultado producido. Si se trata de un curso lesivo que no es cognoscible para ninguno de los intervinientes hay que pensar en la *desgracia*. No escapa al comentario la posibilidad del derecho de la víctima a su libre disposición.

En expresiones del profesor JAKOBS más allá de los ejemplos o casos de laboratorio, mayor importancia tienen “aquellos otros supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento

¹³⁶ JAKOBS, Günther, en op. cit., p. 33.

da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la ‘desgracia’, sino la ‘lesión de un deber de autoprotección incluso la de la propia voluntad’; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de ‘acción a propio riesgo’¹³⁷.

Los llamados deberes de autoprotección son de libre disponibilidad de los interesados, los mismos que los pueden vulnerar de manera dolosa o intencional o de manera imprudente. Si la víctima asume un *rol*/imprudente o temerario, como consecuencia de su actuación debe soportar las consecuencias de la misma. Como fruto de su comportamiento las consecuencias conforme a un pronóstico objetivo son previsibles.

Si alguien le pide a quien está ebrio que conduzca un vehículo, asume el *riesgo* de la producción de un resultado que le resulte lesivo, y en consecuencia debe asumir (o adscribirse) al menos en parte, a las consecuencias negativas resultantes. En el caso de quien boxea como dice JAKOBS “*no tiene derecho a no resultar lesionado*”, o en el caso de quien tiene relaciones sexuales con una persona drogodependiente o que vive de la prostitución, *actúa a propio riesgo* ante la posibilidad de un contagio con VIH. Aquí habría una *probabilidad superior a la media* de que esté presente tal enfermedad. Otro tema interesante es el de la compensación de culpas jurídico-penalmente relevantes que puede disminuir la responsabilidad del autor sin eliminarla por completo. Esa es la tarea del juez a resolver en una situación concreta.

A decir verdad no tenemos reglas claras para decir bajo qué condiciones exactas la competencia de la víctima excluye de manera absoluta la del autor. Sirve para este efecto poder decidir si se ha producido o no un *quebrantamiento del rol* también en la óptica de

¹³⁷ JAKOBS, Günther, en op. cit., p. 35.

la víctima. Puede ser útil examinar si la víctima en verdad desempeñó su *rol* como tal o ha actuado a *propio riesgo*, asumiendo deliberadamente las consecuencias que eran previsibles.

Concluimos estas breves reflexiones recordando que el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, puede ser respondido con cuatro instituciones jurídico-penales: 1) El *riesgo permitido*. 2) El *principio de confianza*. 3) *La prohibición de regreso*; y, 4) *La competencia de la víctima*.

Nos alineamos con la idea de no poder decir de manera categórica que una institución excluye a otra, porque esto depende del caso o situación. Estos son los fundamentos para entender y aplicar la *imputación objetiva* en un caso concreto como el relacionado con el *lavado de activos* en lo que fuese pertinente. Pues como dice con sabiduría JAKOBS¹³⁸, “*En este marco, en el que tan solo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle*”.

La idea central en que con los supuestos antes analizados o llamados *instituciones*, que me inclino por llamarlos *principios* toda vez que el principio se antepone a la *regla*, podemos construir mejor una respuesta para saber cuándo se debe o no *imputar objetivamente* un resultado a la actuación de un actor o ciudadano que no se apartó de su *rol*. Si *no se aparta de su rol* debe operar en su beneficio la *prohibición de regreso*, y si se aparta de su *rol* la víctima debe asumir las consecuencias del resultado cuando la víctima es la que se aparta del *rol* y produce el resultado.

El profesor Percy GARCÍA CAVERO para muchos -entre los que me incluyo- el más importante y erudito penalista peruano de su generación, con estudios superiores en la Universidad de Na-

¹³⁸ JAKOBS, Günther, en op. cit., p. 38.

varra (España), becario de la fundación Alexander von Humboldt de la Universidad de Bonn (Alemania), y brillante discípulo del Profesor Dr. Dr. h.c. mult. Günther JAKOBS, es autor de la más importante publicación en materia de Derecho Penal Económico en la América hispanoparlante, con dos volúmenes dedicados a la Parte General (segunda edición 2007: 1112 páginas) y Parte Especial (primera edición 2007: 806 páginas), y aborda el *caso de los negocios socialmente adecuados, en especial el pago de honorarios profesionales del abogado con bienes de procedencia delictiva*¹³⁹, empezando por expresar, “La prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que el beneficiario no puede ampliar unilateralmente. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes delictivos del autor, ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder”.

Luego, el brillante profesor peruano GARCÍA CAVERO reconoce que existe un sector de la doctrina que pretende inaplicar la *prohibición de regreso* cuando se trata del *lavado de activos* porque se trata de aislar al autor del delito previo y a sus ganancias ilícitas con la finalidad de que no sean aptas para la circulación. Como manifestamos por nuestra parte esta es una variante del *derecho penal del enemigo* aplicada a la *delincuencia económica* que pretende dejar en indefensión al sujeto delincuente al *macular* los honorarios que pretenda cobrar un profesional. Se busca en definitiva

¹³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Primera edición, Editora jurídica Grijley. E.I.R.L., Lima Perú, 2007, pp. 523-526.

que ninguna persona de las que ofrecen bienes o servicios normales pueda recibir dinero a sabiendas de que han sido obtenidos mediante la comisión de un delito.

El profesor Percy GARCÍA CAVERO¹⁴⁰, nos dice de manera enfática: “En nuestra opinión, no consideramos correcto prescindir o restringir la aplicación de la prohibición de regreso en el ámbito del lavado de activos. No vemos una razón de peso para mantener la vigencia de la prohibición de regreso en conductas relacionadas con el bien jurídico vida y negarla en el caso del lavado de activos. En consecuencia, también respecto de conductas de lavado de activos habrá que excluir la tipicidad objetiva de prestaciones socialmente estereotipadas o inocuas, a no ser que se enmarquen en un contexto marcadamente delictivo.

Además de esta consideración de principio, podría recurrirse a una interpretación integral del tipo penal de lavado de activos, para llegar a la misma conclusión. Tal como hemos visto, las conductas tipificadas como delito de lavado de activos constituyen actos enmarcados en un proceso más general de lavado de activos. En este sentido para poder afirmar la tipicidad de un acto de conversión, transferencia, ocultación o tenencia es necesario que este acto se encuadre objetivamente en un proceso de lavado de activos. Es evidente que en el caso de simples pagos de servicios profesionales el poseedor de los activos ilícitos actúa solamente como un cliente o consumidor. La situación resulta completamente distinta si quien recibe los bienes por un trabajo profesional busca reintegrar luego los bienes a las personas de las que proviene el dinero ilícito (actos de inversión)”.

Nos quedan claras las reflexiones del profesor peruano de nuestra última cita, pues si un ciudadano no se aparta de su *rol* y su

¹⁴⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, op. cit.

conducta es *socialmente adecuada* debe ser reputada como *neutra* o inocua, y debe por ende funcionar la *prohibición de regreso* que impide la imputación objetiva. Diferente es el caso del ciudadano que presta su nombre para un acto de supuesta inversión o transferencia, conversión u ocultación, conociendo el origen delictivo del *activo maculado*, y luego de tenerlo bajo su custodia se lo devuelve al dueño o propietario, pues en este caso habría actuado como *testaferro* prestando su nombre a sabiendas para tratar de *blanquear el activo maculado*.

Al mencionar que se pueden presentar una constelación de casos, como nosotros mencionamos el del médico, el del importador, del constructor, el del abogado, etc., que prestan sus servicios lícitos que deben ser remunerados, el profesor Percy GARCÍA CAVERO¹⁴¹ dice que hay que tratar especialmente el supuesto pago de honorarios profesionales al abogado con fondos procedentes del delito. “La importancia no es simplemente teórica, sino que ha tenido incidencia práctica por el procesamiento y condena de abogados que recibieron como pago de sus servicios de defensa dinero procedente de la actividad delictiva del delincuente. Una línea jurisprudencial sometió el posible castigo de los abogados al principio de proporcionalidad, concluyendo que dicho castigo no se ajustaba al juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto respecto de la limitación que se producía sobre el libre ejercicio de la profesión y la institución de la defensa penal. Otra línea jurisprudencial consideró que el castigo de los abogados no implicaba restricción de derecho fundamental alguno, pues, por un lado, el libre ejercicio de la profesión no incluye la facultad de ser retribuido a sabiendas con dineros provenientes del delito y, por el otro, el derecho de defensa no alcanza a permitir el pago de abogados con el dinero de procedencia delictiva. En la medida que el profesional conozca el origen de dichas fon-

¹⁴¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, op. cit.

dos, deberá castigársele igualmente por el delito de lavado de activos”.

De acuerdo con las líneas jurisprudenciales antes expuestas, por una parte habría sustento constitucional para enervar la penalización del abogado que recibe *honorarios maculados* porque se encuentra ejerciendo su profesión, es decir actuando dentro de su *rol* siendo el derecho de defensa una garantía inviolable, y el más importante de los *principios* del constitucionalismo moderno que ha recogido nuestro país en el artículo 75 de la Constitución del 2008. A esto sumamos el *principio constitucional de la presunción de inocencia* que protege al cliente del abogado. Por otra parte y en la posición extrema se sostiene que el libre ejercicio profesional tiene límites, que estarían dados por los *honorarios maculados* o que tienen un origen delictivo, y que la defensa estaría impedida de ser cubierta con tales *activos maculados*.

Si pensamos en algunas posibilidades nos podemos encontrar con los casos de traficantes de drogas, de armas, de los que lideran redes de prostitución, de pornografía, de traficantes de migrantes, de abusadores de dineros públicos, hasta con casos de secuestradores de personas, de asaltantes de bancos, de estafadores, de defraudadores tributarios, de contrabandistas y un largo etcétera, a quienes se trataría de *aislar* para evitar que puedan ejercer garantías constitucionales que establecen la *inviolabilidad del derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia*.

En acertadas expresiones del profesor GARCÍA CAVERO¹⁴², “sin negar la importancia de las consideraciones constitucionales, la solución a la problemática del cobro de los honorarios profesionales del abogado con dinero proveniente del delito debe ordenarse en un plano jurídico-penal. Podría seguirse la discusión

¹⁴² GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, op. cit.

sobre las conductas neutrales y tratar de encontrar la respuesta en el ámbito de la tipicidad (objetiva o subjetiva) o considerar que esta actuación estaría justificada, pues existiría el ejercicio regular de un derecho, cargo u oficio. En nuestra opinión hay que centrar la discusión en el tipo objetivo y concretamente en la línea de argumentación planteada por RAGUÉS I VALLÉS, en el sentido de responder a la cuestión aquí debatida desde la finalidad de castigo del delito de lavado de activos. En efecto solamente considerando el sentido del delito de lavado de activos podrá decirse si la interpretación del tipo penal permite abarcar el pago de dineros profesionales con dinero sucio”.

Percy GARCÍA discrepa con RAGUÉS Y VALLÉS en cuanto al bien jurídico protegido, pues mientras para el jurista peruano el *lavado de activos* garantiza una condición especial en el mercado: la legalidad del tráfico de bienes; para el jurista español, el *lavado de activos* no tiene un bien jurídico autónomo sino que evita simplemente la consolidación de la capacidad económica conseguida por el *delito previo*.

Culmina en este segmento sus comentarios el profesor GARCÍA CAVERO¹⁴³, diciendo: “Por lo tanto, la pregunta que habrá que hacerse aquí es si el abogado que recibe los honorarios con conocimiento cierto o eventual de su origen participa en un circuito orientado a reintroducir el dinero sucio en el tráfico económico legal. La respuesta es negativa, siendo la única excepción el caso en que se simule un honorario con la finalidad de darle apariencia de legalidad a los fondos recibidos como retribución”.

Sostenemos nosotros, que el abogado se desvía de su *rol* en el momento que es parte de la organización criminal pues su conducta dejará de ser socialmente adecuada, y ya no sería *neutra* o

¹⁴³ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Primera edición, op. cit.

inocua, desapareciendo en esas circunstancias la *prohibición de regreso* en su beneficio. Si como parte de su trabajo en una organización criminal para el lavado de activos o blanqueo de capitales, el abogado debe constituir *empresas de papel* para luego utilizarlas en el *blanqueo de capitales*, el profesional del derecho va a ser parte de la empresa criminal, en la que le corresponde un *rol* impropio de su profesión de abogado, y consecuentemente es procedente formular en su contra un juicio de *imputación objetiva* referido al *lavado de activos*. Lo mismo pasaría si recibe dineros o activos como un pago supuesto de honorarios, cuyos montos luego debe restituir, quedándose con una parte por el *trabajo sucio*, aquí ya no podrá sostener que ha actuado en el ejercicio legítimo de la profesión, pues habría en verdad un ejercicio abusivo de la profesión que es constitutivo del delito de *lavado de activos*.

La conducta del abogado será *neutra o neutral*, y habría lugar a la *prohibición de regreso* si en verdad en *ejercicio de la profesión* y en su gestión como defensor, recibe honorarios aunque fuesen *maculados* -porque tendrían antecedente o provendrían de la comisión de un delito-, aquí no se apartaría de su *rol*. Además, y como hemos examinado *up supra* hay sólidos argumentos constitucionales para sostener que su conducta es *atípica* por no ser constitutiva de delito, o que media una causa de justificación que impide que la conducta pueda ser reputada como antijurídica, o merecedora de un reproche de ilicitud.

El caso de los abogados en Alemania

El catedrático y profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Münster en Alemania, Eberhard STRUENSEE, en un importante trabajo monográfico¹⁴⁴ nos dice:

¹⁴⁴ STRUENSEE, Eberhard, *Lavado de dinero a través de la aceptación de los honorarios para la defensa penal*.

“Durante mucho tiempo, el parágrafo de lavado de dinero no desempeñó en Alemania ningún papel trascendente. Hay que tener en cuenta que casi todo hecho penal de infracción a la ley de estupefacientes constituye, según las reglas de derecho positivo alemán, un caso de lavado de dinero. Esta circunstancia es sencillamente pasada por alto en la jurisprudencia. Sin embargo, la disposición fue sacada de la galera como un “*deus ex machina*” como si se tratara de la cuestión de cómo se podría eliminar al defensor fastidioso y perturbador del curso acostumbrado del proceso.

En la exposición que sigue me referiré a un caso que, a principios del nuevo milenio, fue sentenciado con fundamentos considerablemente extensos por el Tribunal Estadual Superior de Hamburg (06.01.2000, NJW 2000, 673). Éste, y los fallos que le sucedieron, dispararon en Alemania una amplia discusión.

El fallo al que me refiero decide un supuesto que tiene carácter de “caso modelo”. Se trata, formulándolo de manera simplificada, del siguiente hecho. El abogado, que luego resultó acusado, aceptó la defensa de una traficante de drogas que se encontraba detenida. Como anticipo de honorarios recibió 5.000 marcos alemanes. Tal como resultó comprobado con posterioridad, el dinero provenía de los ingresos por hechos penales vinculados con los estupefacientes. No pudo establecerse si el abogado tenía conocimiento de esta circunstancia o bien si, con ligereza, cerró los ojos. El Tribunal Estadual Superior de Hamburg opinó que no era necesario continuar investigando el hecho pues no podría condenarse al abogado inclusive cuando se pudiera establecer que tenía conocimiento seguro del origen del dinero. El Tribunal interpretó que el abogado no sería punible por lavado de dinero aun cuando se verificaran de esas circunstancias, para él desfavorables.

El fallo tuvo lugar en el denominado procedimiento intermedio en el que se comprueba si la acusación ha de ser admitida para el procedimiento principal. Con un desarrollo muy extenso en cuanto a los fundamentos, el Tribunal Estadual Superior denegó la punibilidad del defensor y rechazó la admisibilidad de la acusación.

Poco tiempo después el Tribunal Superior Federal se encontró, en un caso similar, frente al mismo problema jurídico. Los abogados acusados defendían a un matrimonio al cual se le atribuía haber cometido estafas por sumas millonarias. Cada uno de los abogados recibió, en efectivo, la suma de 200.000 marcos alemanes como adelantos en concepto de honorarios más el derecho a que les sea entregada a ellos la caución constituida para suspender la ejecución del auto de prisión preventiva, por un monto de 500.000 marcos. El Tribunal Regional de primera instancia condenó a los abogados como autores de lavado de dinero en razón del cobro del dinero en efectivo y los absolvió en lo referente a la adquisición del derecho a reclamar la entrega de la caución.

El Tribunal Superior Federal confirmó la condena pero revocó la absolución sobre la base de que creía correcto, también en ese punto, aplicar una condena conforme el § 261 StGB. La sentencia dedica muy poca atención a los argumentos de la doctrina y a los fundamentos del Tribunal Estadual Superior.

Contra esta sentencia del BGH y contra dos sentencias del Tribunal Regional de Frankfurt fueron interpuestos recursos constitucionales. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, bajo la presidencia de Hassemer, decidió todos ellos de modo unificado (BVerfG 110, 226). Se llegó, en lo relativo al derecho penal material, a la siguiente conclusión:

“El párrafo 261, inc. 2, n° 1 del Código Penal es compatible con la ley fundamental, siempre y cuando los defensores penales

sean amenazados con penas únicamente cuando hubieran tenido al momento de la recepción de los honorarios, conocimiento seguro de su procedencia”.

El fallo del Tribunal Constitucional Federal tiene fuerza de ley. Esto significa que la disposición del § 261 inc. 2 n° 1 StGB de ahí en más posee un contenido diferente, más estrecho, respecto del texto expreso de la ley que continúa vigente. Quien aplica el derecho, sea el juez, el fiscal, el funcionario policial o bien cualquier otra persona que se ocupe de estas cuestiones, tiene la obligación de respetarlo.

Con esta conclusión se podría dar por terminado el debate del problema. No obstante, vale la pena examinar con mayor detenimiento las cuestiones que han recibido tratamiento expreso – con consideraciones de *lege lata* o de *lege ferenda*–. Cuando se observan las discusiones sobre la aplicabilidad del tipo de lavado de dinero a los honorarios del defensor se advierte con claridad que ciertas preguntas han quedado sin ninguna contestación. La problemática es en realidad altamente compleja de modo que, aquí, tan sólo pueden escogerse algunos aspectos”.

Otro extraordinario jurista alemán, Kai AMBOS, Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado y Derecho penal internacional en la Universidad Georg-August Göttingen; consultor científico del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, plantea el problema de la siguiente manera:

“Si un abogado defensor acepta como adelanto de honorarios doscientos mil marcos alemanes en dinero efectivo provenientes de una cartera de acciones, si además su patrocinado ha gestionado operaciones de inversión como Presidente de una Asociación cuyo nombre es *European Kings Club*, ¿debe saber entonces que dicho dinero no pudo ser obtenido lícitamente? El Tribunal Re-

gional de Fráncfort no tiene dudas al respecto y el Tribunal Supremo Federal opina lo mismo. Bien entendido, el Tribunal Regional no ha recurrido a la propuesta legal de temeridad relativamente al verdadero origen del dinero (§ 261, V, del Código penal 3). Es decir, que los procesados hubiesen actuado sólo por una imprudencia grave, o lo que es igual, con indiferencia o gruesa desatención de las circunstancias en cuya virtud el origen real del dinero se hubiera impuesto directamente.

En vez de ello, el Tribunal Regional es deferente con la defensa, en tanto que ha seguido la solución del dolo o de la justificación subjetiva sustentada en la doctrina. Incluso tiene en cuenta “el perfil profesional del abogado defensor [...], merced a una interpretación restrictiva del tipo penal del § 261”⁵. El Tribunal Regional Superior de Hamburgo había sustentado anteriormente una interpretación restrictiva (conforme a la Constitución). El Tribunal Federal Supremo no está de acuerdo: “siguiendo el tenor literal del § 261 inc. 2 del Código penal no se excluye ni al abogado penalista como autor ni sus honorarios como objeto del tipo penal de lavado de dinero”. Puede que ésta haya sido la solución correcta *in concreto*, pero no hace justicia en un plano abstracto al significado del instituto de la defensa. Pues, en consecuencia, hoy en día, un abogado penalista debe preguntar primero a un patrocinado sospechoso con mucho efectivo, si ese dinero lo ha conseguido legalmente y si lo declararía bajo juramento. Con ello, el abogado, que también es un empresario, estropea su negocio, y los potenciales autores anteriores del lavado de dinero buscarán por mucho tiempo inútilmente hasta que encuentren un abogado defensor que no formule ninguna pregunta “tonta”. Detrás de toda esta construcción se introduce una reducción de complejidad, que trae al recuerdo ideas del Derecho penal del enemigo: la criminalidad organizada y sus lavadores de dinero como enemigos de la sociedad civil, para quienes la presunción de inocencia tendría una validez condicionada y que gozan, por

ende, de un derecho condicionado a la defensa, incluso la de oficio.

Con estas deliberadamente aguzadas observaciones debiera quedar en claro la relevancia del tema, tanto más alta en la discusión en los planos nacional e internacional, dramáticamente agravada desde el atentado de 19 de septiembre de 2001: por una parte, dado el vasto incremento en Europa de los deberes de identificación y de registro de los llamados “juristas independientes”; por otra, a raíz del fraude fiscal como hecho previo al lavado de dinero y por el control electrónico de todas las cuentas bancarias”¹⁴⁵.

El § 261 del StGB y el defensor penal

Dice el jurista y catedrático alemán STRUENSEE en comentario relacionado, “en este punto me ocuparé de las consecuencias generales que produce la aplicación irrestricta del § 261 a la aceptación de los honorarios para la defensa penal. Enumeraré algunos aspectos que se resaltan en el cuidadoso fallo del OLG Hamburg (NJW 2000, 673) y en cuantiosas contribuciones de la literatura”.

1. Mediante una prohibición amplia de aceptar dinero manchado en concepto de honorarios se restringen gravemente, respecto del imputado a quien se le atribuye uno de los hechos del catálogo, las posibilidades de elegir un defensor y de pagarle.
2. El defensor resultará significativamente perjudicado en la observación de sus tareas. Ello así, pues para cumplir el tipo subjetivo del § 261 sería suficiente con la posibilidad de que el pago de los honorarios sea provisto con medios que procedan del hecho reprochado al mandante.

¹⁴⁵ AMBOS Kai, La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero? El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires (Argentina) 2004, pp. 55-94.

3. Los abogados están especialmente expuestos a la sospecha de comisión de lavado de dinero por ligereza (§ 261, inc. 5) y, con mayor intensidad, allí donde ya exista una acusación por alguno de los hechos del catálogo del § 261 inc. 1 en contra del imputado al que se defiende. Ellos así, pues para plantear una acusación se exige que concurren “motivos suficientes” (§ 170 inc. 1 StPO) y el motivo suficiente está satisfecho, conforme el § 230 StPO, cuando: “a partir de los resultados del procedimiento preparatorio el imputado aparezca suficientemente sospechoso de un hecho penal”. A más tardar en este estadio procesal ya deberían surgirle al defensor las sospechas correspondientes (OLG Hamburg, NJW 2000, 676; Katholnigg, NJW 2001, 2043).

Éste peligro existe también en el caso del artículo 277 del Código Penal argentino. El inciso 1 n° 2. Sanciona los supuestos (que se superponen en gran medida con el lavado de dinero previsto en el Art. 278 del Código Penal), de adquisición, recepción u ocultamiento de dinero, cosas o efectos provenientes de un delito cuando: *“de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito”*.

4. La relación de confianza entre el defensor y su mandante sufre múltiples perjuicios. Esta relación se caracteriza tradicionalmente mediante numerosas reglas: deber de silencio, derecho a negarse a testificar, derecho a examinar las actas, a tratar con el mandante sin que haya vigilancia (inclusive cuando éste se encuentre detenido), prohibición de vigilar las telecomunicaciones, etc. El defensor y el mandante tienen motivos para temer que estos privilegios decaigan si es que pesa sobre el defensor la sospecha de lavado de dinero.

5. El defensor, en miras de su propio interés (económico), debería evitar los esfuerzos por recibir de su mandante la información más amplia posible para desarrollar una estrategia efectiva de defensa. Antes bien, él debería, por el contrario, preocuparse por

no perder su buena fe. Resulta manifiesto que ésta no constituye ninguna base idónea para fomentar una defensa en juicio apropiada.

6. El defensor podría —para sortear dificultades— rechazar los honorarios que se le ofrezcan y resignar al mandante electivo, para dar lugar a ser, posteriormente, solicitado como defensor de oficio. Condición de ello es, entre otras, que el hecho previo sea un crimen o bien que por la gravedad del hecho o la dificultad de la cuestión fáctica o jurídica aparezca como obligatoria la presencia de un defensor (cfr. § 140 StPO). Estas condiciones no se presentan en todos los procesos seguidos por los hechos previstos en el catálogo.

Más allá de ello, la resignación del mandante podría despertar la impresión de que su conservación le resulta al defensor demasiado arriesgada y que, luego, él parte de la base de que el dinero del mandante está incriminado. De este modo, él se vería obligado a un comportamiento procesal que permitiría extraer inferencias perjudiciales para sí mismo y para su mandante.

7. El defensor sobre el que recae la sospecha de lavado de dinero corre peligro de ser extorsionado por su mandante. Un mandante insatisfecho podría acusar a su defensor de haber aceptado a sabiendas dinero manchado. Podría inclusive llegar a la idea de reclamar la devolución de una parte del dinero entregado, con el justificativo de que proviene de uno de los hechos establecidos en el catálogo. Podría declarar como testigo en un proceso posterior que se siga a contra el defensor, etc.

8. Remitirse a un defensor oficial puede provocar perjuicios económicos y también prolongados procesos penales (cfr. Müller, StraFO 2004, 4). Puede generar, como consecuencia, una reducción de los honorarios del defensor y una derogación parcial del acuerdo libre sobre los honorarios.

9. El defensor oficial, en comparación con el defensor electivo, está sometido a múltiples limitaciones. Él no posee la misma independencia respecto del Tribunal ni la misma libertad para negociar que el defensor electivo. Para mencionar algunos puntos álgidos: El defensor oficial depende en cierta medida del Tribunal pues es éste quien lo designa. El Tribunal puede decidir la finalización de su mandato. El defensor así nombrado pierde la libertad de dar por terminada la representación jurídica por propia decisión, etc.

Aquí no se trata de averiguar si y en qué extensión son fundados los temores referidos. (Ello ha sido discutido ampliamente, entre otros, por el BGH 47, 68, 73, ss.). Tan sólo he querido expresar una serie razones que dan motivo para pretender una limitación del § 261 en los casos de la actuación del defensor”.

Para efectos de la aplicabilidad de los comentarios del profesor STRUENSEE, y en el caso de la legislación ecuatoriana, las diferentes modalidades típicas no admiten un comportamiento culposo o negligente, sino que requieren un actuar *doloso* aunque fuese a título de *dolo eventual* como *elemento subjetivo del tipo penal*. Como dice el artículo 14 de la Ley de *lavado de activos* en su primer párrafo, “Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:...”.

Posteriormente el profesor STRUENSEE se refiere a la *subsunción bajo el § 261 StGB*, manifestando: “Recordemos el caso descripto al comienzo, en el que el defensor había recibido un adelanto de los honorarios por la suma de 5.000 marcos alemanes que provenían de un hecho previo idóneo según el § 261 inc. 1.

La disposición penal alemana es bastante complicada. A partir de ella se prohíben las relaciones con ciertos “objetos” cuando ellos provienen de alguno de los hechos penales enumerados en el catálogo del § 261 inc. 1 segunda frase. A los denominados

“hechos previos” pertenecen todos los delitos graves –en sentido técnico, los crímenes– y una variedad de delitos menos graves. Este catálogo, por cierto, ha sido ampliado en varias oportunidades.

El artículo 278 del Código Penal argentino no posee, en cambio, ningún catálogo de hechos previos idóneos; él abarca cualquier delito ejecutado por otro sujeto. En comparación con el Código Penal alemán es mucho más amplio.

Los comportamientos típicos –esto es, los casos prohibidos de relación con los objetos “incriminados” o bien “manchados”– se encuentran descriptos del siguiente modo: disimular su procedencia, frustrar o peligrar el conocimiento de su procedencia o ubicación, su hallazgo, su comiso o su secuestro. Dado que el inciso 2 del § 261 tan sólo amplía el círculo de las acciones prohibidas me concentraré, de aquí en más, en los casos del numeral 2. Conforme éste es punible quien se proporciona “para sí o para un tercero” uno de los objetos incriminados en el inciso 1.

1. Tentativas de solución en el marco del tipo objetivo

El texto de la ley –proveerse un objeto manchado– abarca según opinión casi unánime también a la aceptación de dinero incriminado en concepto de honorarios de la defensa (cfr. BGH 47, 68, 71, 72;...).

Ciertamente, algunos autores sostienen que ese acto de receptación de dinero sucio no realiza ya el elemento típico de “proveerse” (Salditt, Strafverteidiger Forum 2002, 181, 184). Este elemento típico ha sido extraído del delito de “receptación” (§ 259 StGB) y se interpreta, en aquél contexto, como la “adquisición en colusión”, es decir, con el acuerdo del poseedor previo en cuanto a que el adquirente obtiene poder de disposición autónomo sobre la “cosa” que proviene de un delito contra la propiedad. (El con-

cepto de “cosa” es más estrecho que el de “objeto”, en particular, él abarca también pretensiones y derechos, es decir, objetos no corporales). Si se vuelve la vista sobre la conducta del defensor penal, hasta ahora no se advierte cuál es el elemento en el que fallaría la subsunción.

Los esfuerzos subsiguientes de negar ya la realización del tipo objetivo recurren a los planteos generales destinados a limitar el ámbito de aplicación de una disposición penal. Me referiré con brevedad tan sólo a dos aspectos.

En primer lugar, se trae a colación a la “adecuación social” que representa un principio de interpretación discutido una y otra vez y que se remonta a Welzel. Con ayuda de la adecuación deben eliminarse, en lo esencial, dos grupos de casos que en parte se superponen. Por un lado, se trata de la exclusión de las bagatelas; por otro lado, de formas de comportamiento “neutrales” o “corrientes” de la vida cotidiana en su mayoría ejecutadas de modo masivo. El panadero que, a sabiendas, le vende panecillos a un traficante de drogas y acepta que (posiblemente) éstos sean pagados con las ganancias provenientes del tráfico de estupefacientes cumple, de acuerdo con el texto expreso de la ley, el tipo de lavado de dinero. El farmacéutico que le vende pastillas para dormir a un cliente y cuenta con que habrán de ser utilizadas para la comisión de un hecho penal (homicidio, lesiones corporales, secuestro, etc.), es cómplice de esos hechos. La enumeración de ejemplos similares puede extenderse a voluntad.

Resulta manifiesto que los honorarios del defensor no caen dentro de la categoría de las bagatelas. (Por lo demás, es discutido si los casos de bagatelas deben ser resueltos ya en el ámbito del derecho material o bien recién en el marco del derecho procesal; obsérvense las diferentes posibilidades de sobreseer un proceso por “bagatela” que prevén los §§ 153 y ss. StPO alemán). En lo relativo a los modos de conducta de la vida cotidiana, forma par-

te de este tipus, en tanto no sea caracterizado con mayor precisión, también la aceptación del pago por la prestación de un servicio. Cuando se pasa revista a la historia dogmática de esta ley, se advierte que los casos de actividades socialmente corrientes nunca han merecido una excepción. El legislador se ha pronunciado expresamente en contra de las propuestas que plantean excluir del tipo de lavado de dinero determinadas actividades como la defensa penal, el tratamiento médico, la venta de panecillos, etc. (cfr. BGH 47, págs. 68, 72 y s., con más citas bibliográficas).

Con ello se demuestra que el topos de la adecuación social, inclusive cuando se la considere en general admisible y necesaria, no conduce a la consecuencia interpretativa que se pretende, esto es, excluir a los honorarios del defensor del ámbito de aplicación del § 261.

A continuación, se examina el método de interpretación teleológica. Según este método, la interpretación ha de orientarse en el sentido y el objetivo de la ley, la *ratio legis*. Con frecuencia, la *ratio legis* tan sólo puede precisarse de un modo muy vago. También allí donde sí se puede establecer con más detalle, muchas veces no es provechosa. Así, por ejemplo, la punibilidad del homicidio sirve, según la interpretación general, a la protección de la vida humana. Si uno se encuentra frente a la pregunta acerca de qué fenómenos son abarcados por el concepto de ser humano, es decir, la cuestión del comienzo y el final de la vida humana, la citada *ratio legis* no presta ninguna colaboración; es que ella presupone que se conozca qué fenómenos pertenecen al concepto de vida humana.

En principio, de modo muy general, se menciona que el § 261 tiene como meta combatir a la delincuencia organizada ya que ha de evitar que el dinero sucio ingrese en el círculo económico legal y, así, resulte “lavado”. El logro de este objetivo no es puesto en peligro por el cobro de los honorarios manchados.

Este objetivo y la consecuencia que se infiere de él para los honorarios del defensor pueden ser acertados. Pero ellos se relacionan sin embargo únicamente con el inciso 1 del § 261 mientras que en lo relativo a la punibilidad del defensor entra en consideración el inciso 2, cuyo ámbito de aplicación es esencialmente más extenso –proveerse de objetos inculcados–. Es evidente que esta disposición no puede legitimarse sobre la base de la *ratio* designada para el inciso 1. Como fundamento adicional al ofrecido por el mismo legislador se indica que el objetivo de la ley es provocar un extenso aislamiento del autor del hecho previo, quien ha de ser dejado sin recursos en relación con la utilización de los bienes patrimoniales (cfr. BGH 47, 68, 72; ...). Con el propósito de reforzar ese aislamiento se aceptan, para la realización del tipo subjetivo de lavado de dinero, todas las formas de dolo (dolo directo de primer y segundo grados y dolo eventual -§ 15 StGB-) así como la ligereza (imprudencia grave) prevista en el inciso 5 del § 261.

Si se parte de la base de esta *ratio legis* resulta manifiesto que de ella no puede inferirse ninguna excepción para la situación del defensor. Adicionalmente, como se ha dicho, el análisis histórico de la ley revela que no puede considerarse ninguna excepción para los casos de actividades socialmente corrientes.

Esta conclusión también es reconocida, de modo expreso o tácito, sobre la base de que los partidarios de una restricción de la punibilidad fuerzan aquí encumbrados principios para limitar el tipo a través del denominado: camino de interpretación conforme con la Constitución. Volveré específicamente sobre este instrumento más adelante. En relación con el intento de reducir el tipo objetivo ya se puede concluir lo siguiente: tales “interpretaciones”, desde el punto de vista metódico, ya no constituyen ninguna “interpretación”.

Para fundamentar esto con más claridad es necesario analizar con mayor detenimiento la argumentación basada en la *ratio legis*. Cuando uno llega a la conclusión de que una constelación de casos sí está comprendida por el texto de la ley pero no quebranta su objetivo, no es necesario, por razones metódicas, detenerse en este estadio de la argumentación. Ello así, pues también en el caso de la “interpretación teleológica” se trata de una “interpretación de la ley” que debe desembocar en las definiciones conceptuales de su texto. De ser necesario, sus elementos particulares deben definirse con mayor amplitud. De ello se sigue que el resultado de la interpretación debe cambiar sitios dentro de las descripciones conceptuales del contenido de la ley. Por ejemplo: “cosa” en sentido legal (hurto, robo, daños) es cualquier objeto corporal; un objeto es corporal cuando, desde el punto de vista físico, posee una masa; masa es, y así sucesivamente.

Este paso hacia la definición de los elementos típicos, a veces, no es efectuado cuando se recurre directamente a la *ratio legis* para determinar el ámbito de aplicación de una ley. Sin embargo, su consideración es insoslayable desde el punto de vista metódico dado que, en primer lugar, la *ratio legis* no constituye un elemento típico y, en segundo lugar, la aplicación de la ley requiere un concepto bajo el cual pueda efectuarse una subsunción.

Dirigiendo de nuevo la mirada hacia los honorarios del defensor se comprueba que ni siquiera se efectúa el intento de integrar las restricciones inferidas a partir de la *ratio legis* —cualquiera sea la forma que adopten— en un elemento del tipo legal. Tal como resulta de las reflexiones previas, esto no es posible y semejante intento evidenciaría de inmediato que las consecuencias que se pretende extraer sobrepasan los límites de la interpretación y representan una modificación de la ley.

2. Limitación del tipo subjetivo

Más arriba se ha mencionado que para el tipo subjetivo son suficientes todas las formas de dolo (dolo directo de primero y segundo grados y dolo eventual). El inciso 5 del § 261 extiende la punibilidad, por fuera de ello, a los casos en los que el autor “no reconoce, por ligereza, que el objeto proviene de uno de los hechos antijurídicos nombrados en el inciso 1”.

Los esfuerzos de interpretación tienen como meta reducir el tipo subjetivo a los casos de “dolo directo”, esto es, no someter a pena la actuación con ligereza o bien con dolo eventual.

(Señalo, de modo marginal, que la ligereza —que es una clase de imprudencia— se aprecia en este contexto de manera irreflexiva y sin inhibiciones como elemento del tipo subjetivo en sentido estricto; la doctrina dominante discute, no obstante ello, que el delito imprudente posea un tipo subjetivo y se corresponda con la estructura del delito doloso).

No siempre queda claro lo que se quiere decir aquí con “dolo directo” y “conocimiento”. El dolo directo de primer grado (intención) abarca también los supuestos en que el autor tan sólo tiene por posible la concurrencia o realización de una circunstancia típica (componente intelectual del dolo). Probablemente, lo que en realidad se pretende es una limitación de la punibilidad a los supuestos de actuación deliberada, que exige la representación de que la circunstancia típica ha concurrido o concurrirá con seguridad. Pero ello tendría la consecuencia de que, así, también caerían dentro del ámbito de la punibilidad ciertos casos de intención que no poseen en absoluto relevancia práctica: seguramente nunca será determinante para el defensor penal el que sus (justos) honorarios provengan de bienes patrimoniales incriminados.

Existe acuerdo en cuanto a que la punibilidad por ligereza en relación con el origen del dinero va demasiado lejos. El legislador ha motivado la amenaza penal tan sólo en que, con frecuencia, la prueba del dolo en el proceso presenta dificultades. Ello significa que los casos de ligereza, en realidad, no se estiman merecedores de pena. La disposición tan sólo debe posibilitar una persecución y castigo ante la duda de que se haya actuado con dolo, allí donde la prueba del dolo no pueda ser corroborada. Sin embargo, una prohibición penal de ninguna manera puede legitimarse suficientemente sobre la base de que posibilita la imposición de una pena ante la sospecha.

Las objeciones en contra de tal prohibición no existen sólo para los casos de cobro de los honorarios del defensor sino que valen, sin más, para movimientos patrimoniales de todo tipo efectuados por cualquier ciudadano.

Quien hoy en día ingresa en Alemania en una pizzería italiana o un restaurante chino sabe o puede saber que esos locales probablemente son gerenciados por organizaciones criminales y que la bebida y la comida allí servidas posiblemente proviene de hechos previos correspondientes con el catálogo del § 261 inc. 1. Todos los huéspedes serían sospechosos de haber completado, por lo menos, el tipo objetivo del § 261 inc. 5 (ligereza). Existen estimaciones (presunciones) de que en pocos años cerca del 90 % de todo el patrimonio circulante estará contaminado (Tröndle/Fischer, StGB, ed. 51, año 2003, § 261 número marginal 4c).

La voluntad de excluir, por causa de una extensión desproporcionada del tipo penal, la punibilidad de los comportamientos efectuados con ligereza no puede limitarse a los defensores penales pues ellos no constituyen el único grupo de personas que se dedica a actividades remuneradas o que participa en el círculo comercial de la vida cotidiana. Ello demuestra que, observado de

modo general, el tipo penal que prohíbe la ligereza no es aceptable. Es evidente que su eliminación no puede lograrse a través del arte de la interpretación. El § 261 inciso 5 debería ser declarado inconstitucional.

Nada diferente resulta para la cuestión acerca de si la punibilidad de acuerdo con el § 261 inc. 2 puede restringirse por interpretación en los casos de aceptación de honorarios que sean “justos” (así el OLG Hamburg, NJW 2000, 673) o bien limitarse a los casos de conciencia segura (así el BVerfG 110, 226). En primer lugar, no existe en la ley ningún indicio que permita tratar de un modo diferente a determinadas personas o profesionales en lo relativo al tipo subjetivo y en segundo lugar, el tipo subjetivo está determinado con claridad a través del § 15: sólo es punible la acción dolosa salvo que la ley amenace expresamente con pena el actuar imprudente. El § 15 no ofrece ningún punto de referencia para efectuar aquí diferenciaciones entre formas de dolo.

Coincidiendo en mucho con lo que expresa el profesor STRUENSEE, y confirmando algunas de nuestras apreciaciones sobre el tema, el profesor Kai AMBOS¹⁴⁶, dice:

La situación del Derecho alemán

Un abogado penalista es punible al tenor del tipo penal sobre adquisición ilegal del § 261, II, N° 1, o también el N° 2, cuando recibe como honorarios un “objeto” que “procede” de uno de los llamados hechos previos del § 261 I, por ejemplo, dinero en efectivo generado por aquellos hechos. El abogado defensor *se procura* los honorarios, cuando adquiere efectivamente poder de disposición sobre éstos (§ 261 II N° 1); los *conserva*, cuando ejer-

¹⁴⁶ AMBOS, Kai, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero?* El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba, op. cit.

ce custodia sobre ellos; los *emplea*, cuando hace uso de ellos (§ 261 II N° 2).

Las dificultades sólo se presentan en los casos de “contaminación parcial” o confusión, es decir, cuando el capital del anterior autor sólo es parcialmente de origen ilícito y, por consiguiente, también sólo una parte de los honorarios “procedería” posiblemente de un hecho anterior. En estos casos, se puede operar con una solución de sumas de valor, a partir de la cual sólo se sanciona al adquirente cuando recibe más dinero que el “limpio” existente. Por tanto, hay que partir de la duda acerca de si sus honorarios provienen de capital “limpio”. Ciertamente es que esta solución no es irrefutable.

El tipo penal de adquisición está concebido con tal amplitud, como alguna vez ha señalado Bottke acertadamente, que con él cada ciudadano, como oferente potencial de bienes o servicios, tiene que sentirse invitado “o bien a renunciar a la satisfacción de la pretensión a través del dinero incontrolado, o a desistirse él mismo del trato”. Se trata precisamente, como ya se puede leer en todas partes, del *aislamiento* del capital sucio y del *aislamiento* económico del autor anterior. Él debe, en todo el sentido de la expresión, “quedarse sentado” sobre el capital “sucio”.

Una sanción en virtud del tipo penal de ocultación o bien del tipo de frustración (261 I) pudiera regularmente fracasar por la colusión faltante entre el abogado defensor y el defendido, o subjetivamente –refiriéndonos por lo menos al tipo penal de ocultación– por la intención faltante de ocultar.

En el aspecto *subjetivo* es suficiente, en general, el dolo eventual. La acción de custodia y empleo del inc. 2, N° 2 requiere, sin embargo, *conocimiento* del origen ilegal en el momento de establecerse la custodia, y para el inc. 5 es suficiente, como se mencionó al principio, la *temeridad*. Así, la acción de procurarse del inc. 2, N°

1, especialmente relevante en nuestro contexto, no exige expresamente conocimiento alguno.

El criterio de la temeridad deja intacto, por supuesto, el requisito general de dolo referente a las acciones de lavado de dinero. Tampoco puede anular el requisito de conocimiento del inc. 2, N° 2, ni siquiera reducirlo a un *dolus eventualis*. Quien quiere fundamentar esto combinando el inc. 2 N° 2, y el inc. 528, no sólo contradice el unívoco tenor literal del inc. 2 N° 2 –que “ha conocido”–, sino desatiende también los antecedentes internacionales. Si bien el legislador nacional puede pasar sobre ellos, entonces también debería llamar las cosas por su nombre, es decir, hablar de *dolus eventualis* en vez de conocimiento. Después de todo, sin embargo, esto no viene al caso, pues un abogado defensor puede, en todo caso, ser sancionado por la imprudente aceptación de honorarios maculados en virtud de la acción de procurarse del inc. 2 N° 1 –también sin conocimiento–.

De las causas excluyentes de la penalidad contenidas en el § 261, sólo la posibilidad de la llamada adquisición de paso quitando la mácula de la procedencia, conforme al § 261 VI, servirá de ayuda al abogado, cuando los honorarios adeudados no se pagan en efectivo, sino a través de una transferencia bancaria. Entonces se puede argumentar que el banco, como “tercero”, “obtiene” el objeto del hecho de buena fe antes que el abogado defensor y así no ha cometido ningún hecho penal (de lavado de dinero) y, con ello, se ha interrumpido la cadena de este delito. Por cierto, esto depende especialmente, y con ello la impunidad del abogado defensor como el último beneficiado con la transferencia bancaria, de las contingencias del caso individual, es decir, de que el competente empleado bancario no haya subestimado por lo menos imprudentemente el origen ilegal de la suma depositada y, en consecuencia, sea sancionable según el § 261, II, N° 1. En todo caso, teniendo en cuenta las obligaciones de mayor diligencia que se establecen a través de la legislación de lavado de dinero para

las instituciones de crédito, una sospecha inicial (§ 160 de la Ordenanza procesal penal) que desencadena investigaciones en el proceso penal no se puede excluir sin más ni más.

La situación jurídica descrita conduce a una *colisión de intereses* entre la necesidad irrecusable de la lucha penal contra el lavado de dinero y el derecho del inculpado a una defensa efectiva a través del llamado a un abogado de su elección. Si el defensor designado libremente por el inculpado o acusado se expone, en los casos de los hechos previos del § 261, a un *riesgo* permanente de persecución penal, en la práctica será difícil para quien quiera que sea – ¡no sólo para el autor anterior en el sentido del § 261!– encontrar un abogado de confianza que esté dispuesto a asumir este riesgo. El instituto de la libre elección de la defensa (*Wahlverteidigung*), como tal, peligra. Si el inculpado encuentra, sin embargo, un abogado de su elección, la relación de confianza entre ambos se ve afectada por el riesgo de una investigación y el trato libre, en el sentido del § 148 de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*, en adelante “OPP”), se ve cuando menos fácticamente perjudicado.

La posibilidad de asignación de un *abogado de oficio* (*Pflichtverteidigung*, §§ 140 y 141 de la OPP) no altera en nada el perjuicio del derecho a la libre elección de la defensa. En primer lugar, no existe en todos los supuestos del § 261 I, según el § 140 I de la OPP, un caso de defensa necesaria. Si, por ejemplo, se trata del delito de tráfico de estupefacientes, para el que son competentes en principio los juzgados de primera instancia (§§ 24, 74 de la Ley orgánica de los tribunales -*Gerichtsverfassungsgesetz*), la designación está entregada al arbitrio judicial, según el § 140 II de la OPP, y, como es sabido, esto se ejerce de diferente forma a nivel regional. En el sumario, la designación de un abogado de oficio depende generalmente de una moción de la fiscalía (§ 141 III OPP). Pero la defensa de oficio es, además, algo distinto de la defensa elegida por la parte. La OPP concede un *derecho* de libre

elección de defensa (§§ 137 y 138), que está garantizada en términos de derechos fundamentales (Art. 6 [3] [c] de la Convención Europea de Derechos Humanos), y la figura jurídica ideal de la defensa (§ 143 de la OPP). La defensa de oficio cumple una función sólo subsidiaria, pensada para un inculpado sin recursos, y si el inculpado dispone de medios suficientes, no la necesitará y podrá contratar hasta tres abogados a su elección (§ 137 de la OPP).

Naturalmente, no existe ningún derecho a elegir defensor con dinero “sucio”. Pero no se trata *de esto*. Se trata, antes bien, del posible socavamiento del instituto de la libre elección de defensa, el que, como se ha dicho, no sólo puede corresponder a los efectivamente culpables, sino a *cualquiera persona*. Finalmente: los honorarios del abogado de oficio se pagarán del capital maculado en el caso de condena del cliente, pues las costas del proceso, incluyendo el abogado defensor, se imponen al condenado (§ 465 de la OPP). El Estado, pues, interviene entre el patrocinado y el abogado defensor y “se procura” los medios para pagar a éste. Sus organismos habrán actuado por lo menos con temeridad respecto a la procedencia (261 V). Por lo mismo, nada se opone a la imposición de la sanción del § 261 II N° 1, como tampoco, particularmente, a la intención de la adquisición de paso quitando la mácula de la procedencia, pues ésta ya supone una adquisición previa impune. A pesar de todo esto, en *este* caso, la sanción va a ser negada, aludiendo a la acción estatal en interés público, la “salvaguardia de intereses predominantes” y el empobrecimiento del autor, es decir, en general, con argumentos teleológicos. En otras palabras, se utiliza argumentos que, no han sido reconocidos a favor del autor privado por el mismo Estado”.

Por nuestra parte sostenemos que si el abogado o el profesional en general cobran honorarios por la prestación de un *servicio lícito* su conducta no se aparta del *rol* que le corresponde a cada uno en el ejercicio de una profesión por la que incluso tributan al Estado.

Aquí debe aplicarse correctamente la *prohibición de regreso* y admitir que el profesional actúa en función del *principio de confianza* que le merece su cliente o paciente cuando fuese del caso. Por el cobro de honorarios profesionales hay rubros como de impuesto a la renta y del IVA que pueden significar un 20% del valor de los honorarios. Con el razonamiento de negar la existencia de una causa de justificación que enerva el juicio de antijuridicidad, nos encontraríamos con que al final de la jornada el propio Estado habría coparticipado en el *lavado de activos*.

En nuestra Ley de *lavado de activos* del año 2005, en las disposiciones generales encontramos la CUARTA, que dice. “En ningún caso, los sujetos obligados a informar, podrán invocar el sigilo o reserva bancarias, ni el secreto profesional o fiscal, para negar el acceso o demorar la entrega de la información solicitada, especialmente cuando lo requieran las autoridades judiciales”.

Puede ser que exista la finalidad larvada de obligar al profesional para que proporcione información con lo cual lo coloca en situación de un *conflicto de intereses* con su cliente o consultor. Si no da información bajo el argumento de la reserva profesional podría ser involucrado en el proceso por *lavado de activos* en que quedaría inhabilitado para actuar como defensor, aunque no encontramos norma expresa de exclusión. Lo interesante del tema es que es un mecanismo para llegar a producir una confrontación por ejemplo entre el imputado y su defensor con lo cual fácilmente lo *inhabilita* frente a su cliente, y se consigue la eliminación de un buen defensor.

Sobre el tema de los abogados en Alemania y en general de quienes prestan servicios, la profesora Teresa MANSO PORTO admite que hay la propuesta de producir un *aislamiento social* del

delincuente, vale decir, dejarlo incluso sin la asistencia legal necesaria¹⁴⁷:

“La misma tendencia se confirmó en Alemania en relación al discutido supuesto de los honorarios de abogados. El BGH condenó en su sentencia de 4 de julio de 2001 a dos abogados por recibir honorarios a sabiendas de que procedían de un negocio fraudulento, contradiciendo así sentencias anteriores de los tribunales superiores de los *Länder*. Precisamente amparaba su interpretación en el objetivo legal de lograr el progresivo aislamiento del autor del delito, objetivo que no permitiría excepciones ni en el caso de abogados ni en el de otras profesiones. Finalmente, tampoco el Tribunal Constitucional alemán¹⁴⁸ ha puesto objeciones a la tipicidad de la conducta cuando el abogado tenga conocimiento seguro de la proveniencia de los bienes de uno de los delitos que se contienen en catálogo que acompaña al tipo penal alemán.

Por mi parte, he de reiterar que considero esencialmente erróneo el incriminar conductas que se incardinan de tal manera en el entramado social de las acciones cotidianas que es prácticamente imposible el deslinde entre la materia penal y no penal, o que conllevan el riesgo potencial de criminalizar aspectos básicos de la configuración social a los que en una sociedad regida esencialmente por contactos anónimos no se quiere renunciar.

Por último, también continúa siendo problemática la interpretación de un supuesto elemento típico intencional. Digo supuesto, porque en el caso de delito de blanqueo tal y como se ha recogido en la legislación española no existe siquiera acuerdo sobre la existencia del mismo. El artículo 301.1 CP, en la redacción según la LO 15/2003 de 25 de noviembre, establece que:

¹⁴⁷ MANSO PORTO, Teresa, en op. cit., pp. 14-18.

¹⁴⁸ *BVerfGE*, pp. 110, 226 ss.

“Artículo 301

1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados ante-

rios hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código”.

La variante típica del apartado primero del artículo 301 CP se refiere, de acuerdo con los contenidos del Tratado de Viena, a las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que tienen su origen en un hecho delictivo. A ello se le añade la comisión de cualquier otro acto para encubrir su origen ilícito. Pues bien, un sector de la doctrina establece que el tipo no exige un ánimo específico, y que por tanto, es indiferente, por ejemplo, si el autor actuó para eludir el pago de tributos, para ocultar el origen del bien o para perjudicar a un tercero¹⁴⁹. El argumento de mayor peso para negar la existencia de tal elemento intencional es la consideración del peligro que supone dejar en manos de las meras finalidades subjetivas del individuo la significación jurídica de la conducta.

Personalmente he sostenido el punto de vista de que la consideración de la existencia de tal elemento intencional que por lo demás está fuera de discusión en otros tipos penales, además de que por supuesto es objeto de elaboración dogmática en la parte general la existencia de estructuras típicas con un plus de intencionalidad en el tipo subjetivo la consideración, como decía, de un elemento intencional, no tiene que implicar dejar en manos del individuo la significación delictiva del comportamiento. La definición del ánimo sustentador de una conducta debe, más bien, hacerse desde una perspectiva normativa que parta de la función que cumple este elemento típico. En un plano más concreto, cabría interpretar, por tanto, con un criterio individual-objetivo, que el ánimo es algo que caracteriza a una cierta fenome-

¹⁴⁹ *Vives Antón/González Cussac, Comentarios al Código Penal de 1995*, V. II, Art. 301, p. 1464.

menología de conductas que son las que se consideran típicamente relevantes o constitutivas de blanqueo.

Como resultado de esta postura, se disolvería el aparente abismo existente entre quienes interpretan un tipo penal que castiga a quien realice una conducta “con ánimo” o “con el propósito” de ocultar el origen ilícito de un bien (en el caso del tipo penal español en su primer apartado se habla de “acto para ocultar”) y entre quienes interpretan un tipo que en una formulación, si se quiere más directamente objetiva, sancione a quien “oculte” el origen el bien (como señala por ejemplo el parágrafo 261 I del CP alemán al utilizar la expresión “dessen Herkunft verschleiert”). Síntomas de esta disolución de elementos intencionales en lo objetivo pueden verse además en las posturas doctrinales de quienes negando que se precise una finalidad definen los diferentes supuestos concretos recurriendo a ella, como por ejemplo cuando se subsume el caso de quien actúa por medio de un testaferro argumentando que los “actos” de éste estarían siempre “dirigidos a la ocultación, encubrimiento o auxilio”¹⁵⁰. Y por último cabe señalar que curiosamente la tercera Directiva de la Unión Europea ha abordado también expresamente este problema al señalar que el conocimiento, la intención o la motivación que han de darse en las actividades de blanqueo o de financiación del terrorismo, “podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos”.

Tomando en consideración lo que ya prevé la Convención de NN.UU de 1988 de Viena y otros instrumentos internacionales el profesor Kai AMBOS¹⁵¹, refiere el tema de los honorarios profesionales, comentando:

¹⁵⁰ SOUTO, Abel, Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español (PDF), <<http://cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=5351>> p. 384.

¹⁵¹ AMBOS, Kai, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero?* El penalista liberal, libro homenaje a Rívacoba y Rívacoba, citado.

“Derechos internacional y extranjero

La aceptación de honorarios maculados cae sin más bajo el tipo penal de adquisición o de posesión, como fue codificado originalmente en la Convención de Viena sobre las Drogas, de 1988, en cierto modo la “convención madre” para la sanción del lavado de dinero, a saber, como adquisición, posesión, o uso del capital maculado (en su art. 3 [1] [c] [i]). No hay restricciones en el nivel del tipo objetivo, por ejemplo, a partir del catálogo de hechos previos. Desde el punto de vista *subjetivo*, la posibilidad de lavado *imprudente* de dinero está contemplada, pero sólo en el plano regional, en la Convención europea de 1990 (art.6 [3] [a]); en el plano internacional-universal, se exige el *conocimiento* referido al origen ilegal, a saber, en la Convención de Viena (art. 3 [1] [b] y [c]), la Directiva europea sobre lavado de dinero 91/308, de 10 de junio de 1991, así como en la recientemente aprobada Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado (“UN-Convention against Transnational Organized Crime”) de 15 de diciembre de 2000.

Con respecto al *Derecho extranjero* —he investigado todos los Estados de la Unión Europea, así como un grupo seleccionado de otros Estados (Colombia, Croacia, Polonia, Rusia, Suiza, Turquía y Estados Unidos)—, resulta que el abogado defensor queda en mejor posición en los Estados que no sancionan aparte el tipo penal de adquisición, sino colocan la *ocultación* manipulada del origen ilegal en el centro de su regulación penal (Francia, Grecia), e incluso, yendo más allá, exigen una adecuación determinada de la acción respecto del ocultamiento (Suecia, Italia). En estos Estados la sanción del abogado defensor supondría por lo menos que la aceptación de los honorarios sirvió objetivamente al ocultamiento o bien —según el tipo penal de intención— debió servir a ésta.

En el aspecto subjetivo, en aquellos Estados que exigen por lo menos dolo general la punibilidad está limitada, de suerte que en especial la imprudencia y la simple negligencia respecto del origen ilegal tampoco son suficientes. Esto acontece en siete de doce Estados de la Unión Europea que prevén en general un tipo penal de lavado de dinero, así como en el caso de Polonia, Rusia, Colombia, Turquía y los Estados Unidos; en Inglaterra y Gales se solicita específicamente el conocimiento respecto del tipo penal de adquisición”.

La inconstitucionalidad del procesamiento por lavado de activos en contra del abogado defensor

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

Luis PRIETO SANCHÍS ha señalado que el neo constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales¹⁵².

En primer lugar, se trata de cierto estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene de dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana —la que vale aclarar, creó una Constitu-

¹⁵² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta España 2003, p. 101.

ción sin contenidos normativos- y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partir de allí podríamos afirmar que el neo constitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva, en el Poder Judicial la última palabra en la definición de aquellas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En este ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que persigue los siguientes elementos caracterizadores. 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución; 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) Garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquellas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Recordemos que de acuerdo con el artículo 75 de la misma Constitución, “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por ley”. Como ha señalado la Corte Constitucional de Ecuador, el *principio del derecho de defensa* previsto en el artículo 75 es una garantía constitucional inviolable, preeminente por sobre cualquier otro *principio*, pues como señala el mismo artículo *en ningún caso quedará en indefensión*, significa decir que nunca. Cuando se han presentado

casos de conflicto de *principios constitucionales* como el de la *celeridad procesal* frente al de la *inviolabilidad del derecho de defensa* nuestra Corte Constitucional ha utilizado acertadamente el *principio de la ponderación* del profesor Robert ALEXY de la Universidad de Kiel, para concluir que el *principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa* es el más importante de todos los principios constitucionales que hacen efectivo el respeto al *debido proceso*.

El profesor Kai AMBOS, al comentar la pretendida solución (objetiva del tipo) en Alemania¹⁵³, nos ilustra diciéndonos:

“Bajo la noción de solución del tipo se reúnen todas las propuestas que quieren excluir la punibilidad de la aceptación de los honorarios ya en el plano del *tipo objetivo*. Puesto que hay que diferenciarlas de las soluciones subjetivas en el campo del dolo (“solución del dolo”), parece más acertado hablar de una solución *objetiva* del tipo penal. En esto entran en discusión una reducción conforme a la Constitución y teleológica, así como reducciones basadas en la doctrina de la imputación objetiva.

La reducción del tipo penal *conforme a la Constitución (verfassungskonforme Reduktion)*, se encuentra en el punto central de la argumentación del Tribunal Regional Superior de Hamburgo: La punibilidad de la aceptación de honorarios incidiría en la libertad profesional del abogado (Art. 12 I de la Ley fundamental) y en el derecho del inculpado a elegir un abogado (§ 137 de la OPP). En los casos de pago de honorarios *sin* una tendencia interna de beneficiar al autor o de dañar a la víctima, estas intervenciones no se presentarían como necesarias ni como proporcionales, por lo que el tipo penal debiera ser objeto de una reducción. De ese modo, el Tribunal deja intacta la punibilidad en los casos en que el abogado defensor abusa del vínculo del mandato para ocultar —en cierto modo como cómplice del defendido— el capital

¹⁵³ AMBOS, Kai, *op. cit.*

ilícito en el sentido del § 261, I (actuación colusiva conjunta), o en los casos donde el hecho anterior se dirige contra una víctima concreta y esta víctima hace valer demandas de indemnización por daños y perjuicios. Por cierto, en la mayoría de los hechos previos de lavado las demandas de indemnización del lesionado no vienen al caso, pues se trata de uno de los llamados delitos sin víctima.

En el especialmente importante campo de las drogas, el hecho anterior se basa generalmente sobre la relación de intercambio, en donde la presunta víctima, el consumidor de drogas, recibe por su prestación pecuniaria la “mercancía” como contraprestación, es decir, exactamente lo que él ha querido. De cualquier manera, la sentencia, no obstante estas excepciones a la no punibilidad, se ha topado, según es sabido, con una vehemente contradicción: desde un punto de vista metódico-formal se critica que el Tribunal Regional Superior habría infringido las fronteras de la interpretación, porque el tenor literal del § 261 II abarca claramente la aceptación de los honorarios. El juez no podría ponerse en el lugar del legislador, ante la duda sobre la constitucionalidad de una norma clara, sino debiera presentarla a la Corte Constitucional Federal según el artículo 100 de la Ley fundamental. En esta materia los críticos consideran la norma como constitucional. El argumento propuesto por *Grüner/Wasserburg* es convincente, en el sentido de que en el derecho a la defensa de parte no se trata en absoluto de un derecho fundamental originario del abogado defensor, sino sólo de un “reflejo de los intereses estatalmente protegidos del inculpaado”, es decir, que depende únicamente de los intereses eventualmente lesionados del inculpaado.

El abogado sería, según famosas palabras de *Beling*, sólo un asistente del sujeto procesal. Sin embargo, con ello sólo queda dicho que una lesión del derecho fundamental del abogado defensor no viene al caso. Queda pendiente, si el menoscabo del derecho a la elección de un abogado, acertadamente constatado por el Tribu-

nal Regional Superior de Hamburgo, no afecta el derecho fundamental y humano del inculpado a un proceso penal justo, especialmente el derecho a la igualdad de armas. En todo caso, aun los críticos de dicho Tribunal reconocen que las posibilidades de trabajo de los abogados defensores de libre elección pueden experimentar debido a la criminalización “una reducción persistente”; asimismo, incluso los defensores del parágrafo 261 II admiten que el tipo es demasiado amplio y, por ello, debiera ser limitado de algún modo.

Sin razón se reprocha continuamente al Tribunal Regional Superior haber practicado “una reducción teleológica”. En realidad, el Tribunal opina que “una reducción puramente teleológica del tipo penal” estaría “ampliamente descartada del terreno”, porque el legislador quiso precisamente registrar todas las formas de comportamiento posibles de aceptación del capital maculado en el § 261 II. Esto corresponde a la opinión general de la doctrina, según la cual el legislador renunció conscientemente a la exoneración penal prevista en un anterior proyecto de ley de la Cámara de los *Länder* (*Bundesrat*), referente a determinados negocios socialmente usuales y a derechos especiales para los abogados. Con ello, queda claro que una interpretación histórica (*subjetiva*) orientada por la voluntad legislativa, prohíbe una reducción del tipo penal en favor de determinados pagos o negocios usuales. Si esta voluntad tan clara se desprende de los debates parlamentarios, y tratándose además de una ley *reciente*, no hay espacio para una interpretación correctiva de carácter teleológico-*objetivo*. No hace falta dirimir aquí otra vez la clásica disputa entre las interpretaciones objetiva y subjetiva; la clara voluntad legislativa no puede ser excluida por un contenido normativo teleológico-objetivo, que, por lo demás, ni siquiera puede ser determinado con seguridad.

Los representantes de la solución del tipo rechazan la *teoría de la adecuación social*, por considerarla en general como muy indefini-

da, y recurren en este tema a consideraciones de la doctrina de la *imputación objetiva*, en el amplio sentido de ésta, es decir, de nuevo a consideraciones normativo-teleológicas. Así, se considera la realización de la defensa contra un honorario adecuado (§ 3 del Arancel federal de abogad – *Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung*, BRAGO) como prestación usual y común de servicios profesionales, que no tocaría el fin de protección del § 261 por cuanto en la aceptación de los honorarios no habría que ver “infiltración” alguna en el círculo económico legal. También los intentos de concreción o bien restricción del término “procede” del § 261 I, igualmente basados sobre consideraciones normativas de imputación objetiva, pueden ser fructíferos para una reducción teleológica del § 261 II N° 1. Si con esto se niega una procedencia en la subsiguiente elaboración económica del objeto, es decir, una posterior prestación autónoma –como también en la Exposición de motivos de la ley-, entonces se podría argumentar en nuestro contexto que los honorarios del abogado defensor son producidos por la prestación de servicios independientes en la defensa penal y que en consecuencia el ordenamiento jurídico tiene que tolerarlos como contraprestación adecuada del asesoramiento jurídico.

Finalmente, también “la solución de la derogación” propuesta por Lüderssen conduce a una reducción teleológica del § 261 II N° 1, si bien se basa en figura de la “derogación modificativa”, conocida en la metodología jurídica: la punibilidad del lavado de dinero según el § 261, y el derecho a la elección de defensa según el § 137 de la OPP se encuentran entonces en una relación concursal, limitando recíprocamente sus campos de aplicación. Si se decide por la prevalencia de uno de los preceptos (aquí, el § 137 de la OPP), pues este precepto deroga en definitiva parte del ámbito del otro (§ 261).

Problemática es, por cierto, en estos intentos de restricción normativa del tipo penal, no sólo su contradicción con el tenor literal

de la ley y la indeterminación de los criterios empleados –un conocido problema de las reducciones normativas del tipo penal con ayuda de la doctrina de la imputación objetiva–, sino también la ausencia de unidad sobre el *bien jurídico* protegido por el tipo del lavado de dinero. Puesto que en todo caso la fuerza de convencimiento de una reducción del tipo penal orientada al bien jurídico, depende decididamente de una determinación del bien jurídico correspondiente. Esto se sumerge, como ocurre en el lavado de dinero, en un mar de opiniones diferentes, y falta en cierto modo una premisa que consienta la reducción del tipo. Además, se puede fundamentar tal reducción *in concreto*, solamente cuando se parte de bienes jurídicos universales ampliamente concebidos, como la seguridad interna, el orden público económico o la Administración de Justicia. Es entonces que se puede argumentar que ningún peligro para un bien jurídico *concreto* deriva de la aceptación de honorarios maculados, aunque son conocidos los principales argumentos contra tales bienes jurídicos indeterminados en vista de los límites jurídico-constitucionales del Derecho penal. O bien se ve el fin del § 261 menos en alguna protección de bienes jurídicos *susceptibles de concreción*, y más en la posible satisfacción de muchos principios de investigación, en el sentido de un extensivo “tipo penal de persecución”. Así se llega por cierto al resultado de que la aceptación de los honorarios del abogado no constituye un injusto punible, pues se trata efectivamente de combatir los hechos anteriores.

Si, por otro lado, se trata de un *aislamiento* del autor anterior, su exclusión del círculo económico legal, esto se va a perseguir y alcanzar, naturalmente, no sólo con la criminalización de la compra de bienes de lujo, sino también con la prohibición de aceptar honorarios maculados. Pues con ello el autor es excluido justamente de *toda* actividad económica, incluso la cotidiana socialmente usual. Por cierto que existe una manifiesta contradicción valorativa en la comparación entre la compra de un Ferrari y el

pago hecho al –legalmente garantizado y también necesario (§ 140 de la OPP)- abogado defensor. No es sólo que el autor anterior no ha obtenido su capital ilegalmente con el objetivo de pagar a su abogado; también se ve privado del uso de este capital por la cancelación de los honorarios del abogado, y no le queda – como en la compra de un bien lujoso- la posibilidad del uso y aprovechamiento del sucedáneo.

Al respecto, se llega al mismo resultado que en el comiso (§ 73 CP) y en la confiscación (§ 74 CP) o –como ya hemos mencionado- en el pago estatal del abogado de oficio con el patrimonio del condenado según el § 465 de la OPP. Por lo demás, la posibilidad de confiscación según los §§ 261 VII 1, 74, ofrece precisamente un argumento (adicional) a favor del abogado defensor: si se parte de que el abogado defensor tiene una pretensión de honorarios por el patrocinio derivado del contrato de servicios, el capital producido por un hecho anterior puede ser confiscado en el sentido del § 261 sólo hasta donde alcanza esta pretensión de honorarios. Pues una confiscación sólo es admisible según el § 74 II N° 1, cuando el objeto afectado pertenece o corresponde al autor o partícipe –es decir, en este caso, al patrocinado-, lo que implica que ningún derecho de terceros –en este caso, el del abogado defensor sobre la base del contrato de servicios– va a ser afectado.

Una confiscación por extensión, sólo es admisible según el § 261 VII 2 y en el sentido del § 74, cuando el abogado defensor ha contribuido por lo menos imprudentemente para que el objeto confiscado haya sido el medio u objeto del hecho (§ 74 a N° 1), o haya sido adquirido por el abogado defensor con conocimiento de las circunstancias que posibilitan la confiscación en forma reproducible (§ 74 a N° 2). Puesto que la primera posibilidad generalmente se excluye, los honorarios del abogado defensor sólo pueden ser confiscados, cuando éste ha obrado reproablemente.

Esta cláusula de reprobación podría también servir como límite de la adquisición de paso en el sentido del § 261 VI”.

Para nosotros en el ejercicio profesional del abogado defensor penal, hay el ejercicio legítimo de una profesión, que debe ser pagado pues a nadie se puede obligar a prestar un servicio sin ser remunerado. Limitamos el comentario al *defensor penal*, pero igual podría ser el caso de una defensa civil como para el cobro de deudas, juicio de alimentos, de liquidación de una sociedad, etc. Desde la óptica constitucional –como lo mencionamos en otros momentos- está prevista como una garantía inviolable el *derecho a la defensa* que es parte del derecho a una tutela judicial efectiva, tanto que la Corte Constitucional se pronuncia porque este *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa* es el más importante y el de mayor preeminencia constitucional frente a cualquier otro. Tal vez de lo que se trata en verdad es de una expresión más del *derecho penal del enemigo*, dirigido en contra del acusado para tratar de *aislarlo* incluso del ejercicio del derecho a la defensa, y al mismo tiempo dirigido en contra del *defensor penal* para tratar de impedir que *tome el caso* por el riesgo de ser penalizado por *lavado de activos* a través de su intervención profesional.

Para el caso de Ecuador destacamos que la tipificación demanda un actuar doloso o con el *querer de un resultado típico* bastado como elemento subjetivo del tipo el *dolo eventual*. El *lavado de activos* al que se llegue por conducta imprudente, negligente o descuidada, es decir por comportamiento *culposo* es atípica y por ende no es constitutiva de delito de acuerdo con la ley del 2005.

Nos reconducimos a lo expresado precedentemente en cuanto a la correcta utilización de la *teoría de la imputación objetiva* pues el abogado que actúa en ejercicio de su profesión, lo hace amparado en una *causa de justificación*, que por lo demás actúa dentro de su *rol* como abogado, frente a su cliente que está amparado tanto por la garantía constitucional que reconoce como principio, *la*

inviolabilidad del derecho a la defensa previsto igualmente en normativa internacional vinculante para el Estado ecuatoriano, como es el Pacto de San José de Costa Rica.

Con respecto al defendido hay que pensar en la correcta aplicación del *principio de confianza* tanto más si el patrocinado goza del *principio constitucional de presunción de inocencia*. Para nosotros la conducta del abogado entra en el ámbito de las *conductas neutrales* o inocuas (podría incluso expresarse que es *socialmente adecuada*) y debe también aquí funcionar correctamente en su favor la *prohibición de regreso*.

Recordemos que mantenemos también la tesis de la *ausencia de dolo* pues el abogado defensor no tiene la finalidad de *lavar activos*, y ante la ausencia de este elemento subjetivo del tipo penal, no hay plena adecuación típica. Es diferente la situación del abogado que es parte de una organización criminal para la comisión de diferentes delitos, cuyo producto debe ser finalmente lavado o blanqueado para darle visos de licitud. Aquí el abogado es parte de la estructura de la organización delictiva y debe responder penalmente.

Sobre el tema de la *causa de justificación* en la actuación del abogado defensor, nos dice el profesor Kai AMBOS¹⁵⁴, “De acuerdo con la solución de la justificación, propuesta por primera vez por Bernsmann, de la relación de defensa y de la presunción de inocencia se puede deducir una causa de justificación *procesalmente cimentada*. Como las autoridades de la investigación pudieran adoptar medidas de coacción en el proceso penal con la sola sospecha de un hecho penal, y con ello justificar la realización del tipo penal ocurrido por medio de la sospecha, es decir, por medio de una sospecha de *culpabilidad*, así también la presunción de

¹⁵⁴ AMBOS, Kai, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero?* El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba, citado.

inocencia representa para el abogado defensor un bono de justificación asegurado por la relación de patrocinio. Asimismo, como el funcionario de la investigación se justifica con la sospecha del hecho, el abogado defensor puede justificar la aceptación típica de honorarios con lo opuesto, la presunción de inocencia correspondiente a su patrocinado; ello inclusive debería asegurar la defensa tranquilamente. El principio del interés predominante, inmanente en las causas de justificación, quedaría a salvo, pues el interés de un proceso penal justo prevalece sobre el interés de someter a pena al abogado defensor. Hamm ha complementado la justificación con una *doble presunción de credibilidad* –del abogado defensor frente a su patrocinado, y de las autoridades de persecución penal frente al abogado defensor-. Esta presunción sólo sería refutada, cuando el abogado defensor estuviera convencido de la culpabilidad de su patrocinado, especialmente si éste le hubiera evidenciado el origen ilegal de su capital. Mientras éste no sea el caso, la presunción de credibilidad se presentaría como contra fuerza *legal* que desbarata la tipicidad.

También Hefendehl ha certificado recientemente la solución de la justificación como “cierto reflejo estético”. Además, Lüderssen primero la ha acogido –del todo convencido- con la reflexión paralela a la justificación de las intervenciones estatales de investigación y a la posible frustración de pena por el abogado defensor según el § 258, así como con la relación regla-excepción de tipicidad y antijuridicidad, pero luego la ha rechazado con los argumentos contrarios a favor de su ya mencionada solución de la derogación. Ahora la argumentación de Lüderssen reza que de la presunción de inocencia no se podría sacar más que la justificación de una frustración abogadil de pena según el § 258, pues el privilegio de una defensa adecuada no llegaría más allá”.

Creemos que la solución para que resulte idónea la conducta del abogado defensor que recibe dineros maculados la encontramos en el *error de tipo* cuando media una ausencia de un actuar doloso,

esto es cuando cree que los honorarios que está percibiendo como retribución justa por la prestación de un servicio que es lícito –la del ejercicio profesional– y que hace efectivo el *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa* tienen una fuente lícita, pues no habría el dolo del conocimiento del delito fuente de sus honorarios. Como sabemos, si no hay dolo no hay delito porque faltaría el elemento subjetivo del tipo penal.

Puede igualmente intentarse la tesis de la *causa de justificación*, caso en el que nos encontraríamos con el *ejercicio legítimo de una profesión* y por ende con el *ejercicio legítimo de un derecho*. Como conocemos, si media una *causa de justificación* la conducta es ajustada a derecho, y en consecuencia no hay delito porque falta el predicado de la *ilicitud* o de la *antijuridicidad*. Cuando estudiamos la teoría del delito hemos admitido el criterio de que una conducta además de típica debe ser antijurídica, de lo contrario si faltare la *antijuridicidad* no podemos afirmar la presencia de un delito, pues si no hay *reproche de ilicitud* la conducta es *iure* es decir ajustada a derecho.

En un sistema legal o normativo que aceptare el comportamiento *culposo o temerario*, como forma modal del *lavado de activos* el riesgo para el abogado defensor es sin duda mayor, y abría que recordar las reflexiones del profesor Kai AMBOS¹⁵⁵, “para llegar a una solución convincente se tiene que diferenciar entre las exigencias *jurídico-materiales* planteadas al conocimiento del abogado defensor, y la demostración *procesal* de dichas exigencias. Desde el punto de vista jurídico-material, es claro que la representación como *probable* del origen ilegal de los honorarios no constituye un conocimiento *seguro*. Éste requiere “que el autor reconozca y prevea la realización del tipo penal como consecuencia *segura* de su acción”, mientras que la representación como probable, en el sentido de ignorancia digna de reproche, más bien pudiera ser

¹⁵⁵ AMBOS, Kai, op. cit.

atribuida a la temeridad o, a lo sumo, al *dolus eventualis*. Si, en este caso, se aceptara el conocimiento seguro, entonces se exigiría al abogado defensor apreciar determinados indicios de lo alegado por la fiscalía como carga contra su patrocinado, e invertir en su perjuicio la presunción de inocencia y de credibilidad, que en ellos se basa. Y es que entonces el abogado defensor debería partir de la base de la culpabilidad e inverosimilitud de su representado, en vez de su inocencia y credibilidad. Como sea, se puede considerar como refutada la presunción de inocencia, sólo bajo la forma de una presunción debilitada de credibilidad, en el caso de un *saber seguro* sobre la culpabilidad del patrocinado.

Ahora bien, ¿cómo adquiere el abogado defensor ese conocimiento seguro, o cómo puede ser demostrado *procesalmente*? Pudiera quedar fuera de discusión que el abogado defensor tiene conocimiento en el caso de una declaración de confesión del patrocinado. Entonces puede serle *razonablemente* exigido que se dirija contra su patrocinado y renuncie al patrocinio. Que, además, el abogado defensor pueda poseer un conocimiento fundado en determinadas circunstancias, que para juzgar el estado de su conocimiento se tenga que, por decirlo así, sacar aquello que ocurre dentro de su cabeza cara a cara con su patrocinado, y que se deba poder deducir estos *sucesos* internos de las circunstancias *exteriores*, son preguntas del caso concreto, sometidas a las normas generales de apreciación de la prueba. Entretanto, apenas se podrá objetar que el abogado defensor puede también obtener el conocimiento sobre la base de determinadas circunstancias fácticas objetivas y, en consecuencia, no sólo “de boca o la pluma del patrocinado”. Y de tales circunstancias objetivas (indicios) puede derivarse también una prueba sobre el lado interno del hecho.

Otra pregunta, distinta, es a qué objeto tiene que referirse exactamente el conocimiento. Si se “subjetiviza” el § 261, V, el abogado defensor tiene que advertir que los honorarios derivan de

uno de los hechos antijurídicos anteriores. Con todo, iría demasiado lejos si se quisiera exigir que él tenga que conocer con exactitud la ocurrencia de todos los elementos típicos del correspondiente hecho previo. Esto haría prácticamente imposible una prueba de su conocimiento. Por eso ha de ser suficiente que el abogado defensor tenga un conocimiento *en general* de lo maculado de los honorarios, en especial, por la declaración del patrocinado. Si bien la solución de la *subjetivización* de la justificación procede de un modo convincente con la mala fe del abogado defensor, difícil se presenta su integración en el sistema de las causas de justificación. En efecto, con ello se construye una causa *sui generis* de justificación *dependiente del dolo*, y la solución de la justificación se aproxima a la solución del dolo. Con ello queda expuesta a la misma incertidumbre con respecto a la investigación que afecta a aquélla. En ambos casos es suficiente que los órganos de la investigación deduzcan de la objetiva sospecha fáctica relativa al patrocinado, el conocimiento del defensor respecto del origen antijurídico del honorario. De todos modos, puede ser de consuelo que una interpretación consecuente de los requisitos del conocimiento llevará en muchos casos a una pragmática solución procesal, que detendrá a los órganos de la investigación incluso desde el comienzo de las indagaciones. A la luz de los argumentos expuestos y especialmente por la correcta idea central de la solución del dolo -el aislamiento del defensor *de mala fe*-, hay que aceptar la restante incertidumbre con respecto a la investigación.

RESUMEN Y CONCLUSIÓN

La punibilidad como lavado de dinero de la aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados, entra en consideración dondequiera que existe —basado en el Derecho internacional— un amplio tipo penal de adquisición, carente de restricciones objetivas o subjetivas. El *riesgo* asociado a ello de una persecución penal del abogado defensor es contemplado, también en el Derecho comparado, como un sensible menoscabo del dere-

cho a la elección de defensa y de la relación de confianza entre abogado defensor y patrocinado.

En esta situación jurídica, la colisión entre el legítimo interés de la lucha contra el lavado de dinero (como un elemento de la lucha contra la criminalidad organizada) y el derecho del inculcado a una efectiva elección de defensa, puede ser equilibrada sólo a través de una *solución subjetivizada de la justificación*. Frente a la solución (objetiva) del tipo, esta solución tiene la ventaja de dejar intacto el tipo penal de la adquisición y, con ello, viene al encuentro de los partidarios de la criminalización, siquiera al mismo tiempo sosiega además a los adversarios de ésta a través de la retirada del reproche del injusto. Ella se corresponde con la *solución del dolo*, en la medida en que condiciona la justificación del abogado defensor a su *buena fe* en el momento de la aceptación de los honorarios. Ciertamente es que una solución puramente *objetiva* de la justificación, si bien sería admisible desde el Derecho internacional, no se la puede fundar convincentemente *de lege lata*, porque implica una preponderancia del derecho a la elección de defensa frente a la punibilidad del abogado defensor y, con ello, contradice la valoración legislativa. Resta por hacer constar, *de lege ferenda*, que una cabal protección del instituto de la elección de defensa sólo puede ser garantizada a través de una solución *objetiva* —sea en el plano del tipo penal o en el de la antijuridicidad— 207. Pues sólo ésta toma el § 261, II, N° 1, al inicio de toda investigación y con ello establece una *inmunidad de investigación* para el abogado elegido, siquiera, por cierto, al precio de soportar la impunidad de los abogados de mala fe”.

Nos apartamos de algunas afirmaciones del profesor Kai AMBOS, porque encontramos respuestas desde los principios constitucionales frente a ese conflicto de intereses, o *colisión entre el legítimo interés de la lucha contra el lavado de dinero (como un elemento de la lucha contra la criminalidad organizada) y el derecho del inculcado a una efectiva elección de defensa*, pues de nuestra propia

cosecha sostenemos que principios constitucionales como el relacionado con la *inviolabilidad del derecho a la defensa*, previsto en los artículos 75 y 76 n. 7 de la Constitución del Ecuador del 2008, el *principio de presunción de inocencia* previsto en el artículo 76 n. 2, así como el *principio pro homine* en el artículo 427, nos deben llevar a la conclusión de que la conducta del abogado que recibe *dineros maculados* en el ejercicio de su actividad lícita como abogado defensor, no es constitutiva de delito de *lavado de activos*.

Sumemos a lo expresado y en apoyo de nuestro planeamiento, que el Ecuador se proclama con la Constitución del 2008, como Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), que los derechos son de aplicación inmediata y plenamente justiciables (Art. 11. n. 3), que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (Art. 11. n. 4) y que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (Art. 11. n. 9).

Como en nuestro país tienen carta de ciudadanía y son preeminentes los principios constitucionales frente a cualquier ordenamiento normativo, la correcta aplicación de los principios constitucionales invocados y una adecuada *ponderación* entre los fines que pretenda la ley de *lavado de activos* y el *ejercicio legítimo de la profesión* y de un derecho como es el del abogado defensor, sumado a la *inviolabilidad del derecho* a la defensa de su patrocinado a quien le asiste el *principio de presunción de inocencia*, deben enervar una pretendida responsabilidad penal por delito de *lavado de activos*, pues el abogado no se ha apartado de su *rol*, su conducta es socialmente adecuada y por ende *neutral o inocua*, y debe operar en su beneficio la *prohibición de regreso*.

Sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador por violación del derecho de defensa¹⁵⁶

En los dos fallos que se van a insertar, la Corte Constitucional de Ecuador ha declarado la nulidad de un señalamiento para audiencia de juicio y de un auto resolutorio de llamamiento a juicio, porque se dejó en situación de indefensión a los justiciables. La Constitución de la República del Ecuador garantiza en el artículo 76 n. 7 el *principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa* que no puede ser sacrificado ni invocando el *principio de la celeridad procesal*. El *principio de inviolabilidad del derecho a la defensa*, el artículo 76 lo consigna en los literales **a) nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) ser escuchado el momento oportuno y en igualdad de condiciones.** Igualmente se consagra en la letra **h) el derecho al contradictorio.**

Este principio de la *inviolabilidad de la defensa* está reconocido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. El artículo 8 del Pacto de San José o Convención de Costa Rica de 1969 vinculante para el Estado ecuatoriano por mandato del artículo 424 y 425 de la Constitución del 2008 igualmente prevé el *principio de la inviolabilidad de la defensa*. Nuestra Constitución señala en el Art. 424 segundo inciso: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Y en el Art. 425 de la Constitución, se establece una prelación para la aplicación de la normativa constitucional, señalando: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas

¹⁵⁶ Se pueden revisar los fallos en nuestra página en www.alfonsozambrano.com

regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las jueces y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”.

La Corte Constitucional de Ecuador, ha resuelto en sentencia que ante la colisión de principios, la inviolabilidad de la defensa es principio preeminente y debe ser aplicado.

La Corte Constitucional de Ecuador viene dando ejemplo de una *racional utilización del derecho* y de la correcta aplicación de principios como los *de proporcionalidad y de ponderación*.

El 19 de mayo de 2009 dicta la *sentencia No. 09-09-sep-cc, en el caso: 0077-09-ep*. El proponente de la Acción Extraordinaria de Protección sostiene que fundamentado en las normas contenidas en el artículo 437 de la Constitución de la República vigente, así como en lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, plantea acción extraordinaria de protección del auto ampliatorio del 23 de enero de 2009 dictado por el señor Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, con asiento en Durán, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007. El accionante, en su demanda, manifiesta lo siguiente: “Que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto preservar o restablecer cualquier derecho fundamental de libertad o de protección referido al debido proceso de toda persona. El artículo 437 de la Constitución de la República es claro al establecer los requisitos para la acción extraordinaria, indicando que el supuesto de procedibilidad es la existencia de una sentencia, un auto o una resolución firmes o ejecutoriados, por lo que se trata de una acción subsidiaria, pues previamente existe una decisión judicial,

sentencia, auto o resolución firme, inimpugnabile mediante recursos procesales, lo que produce, en forma directa, la vulneración al derecho constitucional que se exige preservar o reparar a la Corte Constitucional”.

En lo principal dice el accionante, que el auto impugnado es, pues, directamente contrario a lo prescrito en el artículo 75 de la Constitución de la República, pues se decidió ponderar como de mayor peso para la justicia procesal, el principio de celeridad antes que la norma que consagra el derecho de defensa, y por el ejercicio de esa discrecionalidad, se lo enrumba ilegítimamente a una condena, pues se coarta su derecho a probar los hechos que lo absuelven (sic). Dice el reclamante, que el principio de celeridad procesal ha sido utilizado como pretexto en el auto impugnado, casi sugiriendo que las postergaciones producidas en el proceso obedecerían a actuaciones del accionante, lo que no es verdad puesto que el artículo 76 numeral 7 de la Constitución señala que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales consta la de *“Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo”*.

El legitimado activo solicita que la Corte Constitucional en sentencia motivada anule el auto impugnado, y disponga que, en su lugar, el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas dicte otro que preserve y proteja el derecho a la tutela judicial con respeto al ejercicio pleno del derecho de defensa del acusado y a la total práctica de las pruebas trascendentes para el caso. De igual forma, amparado en el contenido del artículo 87 de la Constitución de la República, pide que en el auto de calificación de la demanda se disponga, como medida cautelar, la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del auto impugnado.

Argumentos y fundamentos de la Corte al resolver

En este caso se había pedido ya ampliación del auto de convocatoria para la audiencia del juicio por lo cual no se podía interponer recurso alguno, y con este antecedente dice la Corte Constitucional: siendo la providencia impugnada (del 23 de enero de 2009) un auto en el que se resuelve un incidente de ampliación y que, por tanto, al no ser legalmente posible interponer, respecto de tal auto, nuevos recursos verticales por expresa prohibición del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, tal auto del 23 de enero de 2009 quedó ejecutoriado y, en consecuencia, la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente conforme al artículo 437, 1º, de la Constitución de la República (sic). Al aplicar correctamente el *principio de ponderación*, dice la Corte Constitucional: “Es evidente para esta Corte que el auto judicial impugnado pretende aplicar el principio de celeridad procesal consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República. Pero también resulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso que están igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio -el de celeridad- no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas “en ningún caso” quedar en indefensión. La locución “en ningún caso” es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, este último debe ceder en beneficio del primero. El auto judicial impugnado valoró las cosas a la inversa y de ahí su inconstitucionalidad”. Continúa en sus razonamientos nuestro tribunal de control constitucional, y expresa:

“Como anteriormente se ha dicho esta Corte afirmó que el auto judicial impugnado es violatorio del derecho a la defensa y de ahí su inconstitucionalidad. Corresponde profundizar en la cuestión: a) El artículo 76, 7º, de la Constitución de la República dice que el derecho a la defensa de las personas incluye ciertas garantías, entre las cuales, está, según el literal j, la de que “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder el interrogatorio respectivo”; b) La norma constitucional citada consagra, pues, como parte de derecho a la defensa de una persona, que los testigos y peritos tengan la obligación de comparecer a responder los interrogatorios que planteen las partes procesales. Derecho de la parte y correlativa obligación del testigo o perito; c) Empero, para que surja la obligación constitucional del testigo o perito de comparecer -derecho de la parte- es indispensable un acto instrumental previo: la notificación oficial al testigo o perito para que comparezca. Ese acto instrumental previo -notificación- puede hacerse en las diversas formas previstas por la ley, pero lo fundamental es que el sujeto notificador no es la parte procesal, sino el sistema judicial.

Este es un principio irrefutable, consignado en el Código de Procedimiento Civil (Art. 73), aplicable supletoriamente a los procesos penales. El indicado artículo 73 establece que la “Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”. Y el artículo 74 del mismo Código, inciso final, agrega que el acta de notificación “será firmada por el actuario”; d) Corolario de todo lo expuesto hasta ahora es que la obligación que la Constitución impone, en beneficio de las partes procesales, para que los testigos o peritos comparezcan ante el juez y respondan los interrogatorios de las partes, solo se hace exigible cuando el sistema judicial, a través de las diversas formas previstas en la ley,

notifica al testigo o perito la providencia judicial que dispone su comparecencia. Hasta que la notificación no se realice en debida forma no se produce la obligación de comparecer del testigo o perito y por tanto no es exigible. En el caso concreto del proceso en que se expidió la providencia impugnada, la notificación a los testigos o peritos residentes en el extranjero debe hacerse mediante exhorto, conforme al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal; e) Lo dicho en el literal precedente demuestra por qué la providencia judicial impugnada en esta causa es violatoria del derecho a la defensa: según la providencia impugnada, la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril de 2009 a las 09h40, dentro del proceso penal de tránsito N° 026-2007, “se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurran, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento”. Luego, según esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse aun cuando no se hubiese notificado legalmente a los peritos y testigos para que comparezcan a ella; es decir, celebrarse antes de que se hubiese tornado exigible la obligación de tales peritos o testigos de comparecer; o, dicho de otro modo, se la pudiese realizar vulnerando el derecho de la parte a exigir su comparecencia, que sólo se activa con la notificación apropiada. Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que “en ningún caso” puede suceder conforme al artículo 75 de la Constitución de la República, ni siquiera en beneficio del principio de celeridad procesal”.

Haciendo efectivo el derecho a la tutela y a la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional al sustanciar la demanda, de conformidad con el artículo 87 de la Constitución de la República, dispuso la suspensión inmediata de los efectos jurídicos del acto impugnado en la causa. Al resolver decidió, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor E C V, y dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero de

2009 por el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito N.º 026-2007.

A más del fallo citado precedentemente, mencionamos la *sentencia No. 0010-10-sep-cc caso No. 0502-09-ep de la corte constitucional para el período de transición*: Este fallo es del 14 de abril de 2010, y dice la Corte: “se terminó por vulnerar una serie de garantías inherentes al derecho a la defensa, consagrado en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, entre ellos los siguientes: a) nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del proceso. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con el principio de interdependencia de los derechos constitucionales reconocido en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución, dicha vulneración al trámite previsto en la ley ha terminado por vulnerar otros tantos derechos, entre ellos, aquellos previstos en las garantías del debido proceso, en concreto, el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución atinente a la responsabilidad de toda autoridad administrativa o judicial de garantizar el cumplimiento de las nor-

mas y los derechos de las partes. Y lo más preocupante, la omisión en la celebración de las audiencias correspondientes ha lesionado seriamente el derecho a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en los términos previstos en el artículo 75 de la Carta Fundamental. Como consecuencia de estas omisiones en las que incurrió la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, *—plenamente comprobables en la motivación del auto de llamamiento a juicio—* el presente caso se adecua perfectamente al ámbito material de protección de esta garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, puesto que lejos de analizar asuntos de mera legalidad, esta Corte se ha limitado a constatar aquellas vulneraciones a derechos constitucionales y debido proceso plasmadas en el auto, objeto de la presente acción.

Asimismo, justifica plenamente el porqué un auto de estas características merece ser objeto de una acción extraordinaria de protección. Por otro lado, cabe señalar que aun en el evento no consentido de que se arguyere por parte de los accionados que dichas audiencias sí se celebraron conforme a la ley, el hecho de no remitirse a ellas en su decisión convierte a la misma en un auto carente de motivación y por consiguiente, contrario al derecho al debido proceso reconocido en el artículo 76 de la Carta Fundamental...”. En la parte resolutive dice la sentencia que reproducimos: “En virtud de ello, y al constatarse la vulneración de derechos constitucionales y debido proceso en el momento de la sustanciación del recurso de nulidad, esta Corte deja sin efecto el auto de llamamiento a juicio dictado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y retrotrae sus efectos al momento de la interposición de los recursos de nulidad y apelación. Por otro lado, ordena que los mismos sean conocidos y sustanciados nuevamente por los conjuces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, puesto que, como es evidente, los señores jueces que se pronunciaron en la causa, han hecho público su criterio, aspecto que privaría al accionante del derecho a una tutela judicial efectiva e

imparcial. III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente: SENTENCIA: 1. Conceder la acción extraordinaria de protección interpuesta por la Dra. M P F B contra el auto de llamamiento a juicio dictado por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del juicio Penal N.º 299 – B – 2009 del 26 de junio de 2009, en los siguientes términos: a) Se deja sin efecto el auto de llamamiento a juicio dictado por los señores jueces de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y se retrotraen los efectos del mismo al momento de la interposición de los recursos de nulidad y apelación del auto de sobreseimiento definitivo. b) Los señores jueces que conozcan la causa deberán sustanciar los recursos de nulidad y apelación, de conformidad con los artículos 335, 336 y 345 del Código de Procedimiento Penal vigente”.

Conclusiones

1.- Siendo el *derecho de defensa* una garantía constitucional inviolable, la más importante de las garantías que conforman el derecho al debido proceso, a la que sumamos la existencia del *principio de presunción de inocencia*, nos parece irracional un pretendido enjuiciamiento penal en contra del abogado defensor que recibe como parte de sus honorarios, *activos maculados* constituido por dinero o bienes que provengan de una actividad delictiva, pues existe normativa constitucional que sienta el *principio de la inviolabilidad del derecho de defensa*, mismo que viene siendo reconocido por la Corte Constitucional de Ecuador que ha aplicado correctamente los *principios de proporcionalidad y de ponderación*.

2.- Otro tanto ocurre en el caso del abogado que constituye y vende *compañías de papel* que luego pueden ser utilizadas para el *lavado de activos* que tienen origen en la comisión de delitos, pues

no se ha apartado de su *rol* como abogado, apareciendo una causa de justificación que enerva el juicio de antijuridicidad, que es el ejercicio legítimo de su profesión. Debe funcionar adecuadamente aquí la *prohibición de regreso* porque su conducta *es neutra* o inocua. Consecuentemente aquí no es procedente una *imputación objetiva*.

3.- Diferente es al caso del abogado que forma parte de una *organización criminal* o que es parte de una *asociación delictiva*, pues su actividad es parte de la división del trabajo que se hace en la *empresa criminal*, y en este caso puede asesorar, aconsejar, instigar, inducir, etc., para utilizar los mecanismos que permitan el *blanqueo de capitales* o *lavado de activos*. Aquí sí se habría apartado de su *rol* como abogado y debe responder como parte de una *organización criminal*.

Lavado de activos y defraudación tributaria

Recordamos que el precedente para el delito de *lavado de activos* estuvo en la ley de drogas (de sustancias estupefacientes y psicotrópicas), habiendo conocido en nuestra realidad más de un caso en que se procesaban a ciudadanos a quienes se les imputaban algunas de las diferentes formas modales previstas en la Ley 108 de 1990, bajo la acusación de tráfico de estupefacientes, tenencia, asociación ilícita, testaferrismo, corretaje, etc., y se llegaban a iniciar procesos por *lavado de activos* o eran tratados en el mismo proceso como delitos conexos, sin importar el precedente. Destacamos que en más de un caso el sujeto o sujetos eran imputados por *lavado de activos* siendo igualmente procesados por cualquiera otra de las formas modales previstas en la ley de drogas.

Cuando se trata de otros delitos y tomando en cuenta que el delito previo puede ser cualquiera sin estar sujeto a delitos previamente señalados, pensamos por ejemplo en delitos como los de

contrabando en que quien se beneficia con la defraudación aduanera luego va a lavar esos activos para tratar de darle apariencia de licitud, y aunque el proceso puede demorar la finalidad es la de *blanquearlos o lavarlos*. Nosotros hemos asumido que el mismo sujeto que se dedica al delito previo o precedente como el de drogas o el gran contrabandista o defraudador, o el que comete *peculado* abusando de los dineros o bienes públicos que le han sido entregados en razón del ejercicio del cargo, es el que posteriormente va a tratar de *lavar activos* que tiene un origen *maculado*, y puede ser procesado sin ningún obstáculo o presupuesto de procedencia que limite el ejercicio de la acción penal.

Como hemos expresado no es necesario que exista una sentencia condenatoria en firme con respecto al delito de donde proviene el *activo maculado* y a ratos la doctrina utilizada expresiones como *indicios vehementes u operaciones inusuales o injustificadas*, en el caso de drogas ilegales se ha dado el precedente de la condena previa por tráfico ilegal o se han tratado en el mismo proceso el tráfico de drogas y el lavado de activos que provienen de dicha conducta delictiva. Para otros delitos *precedente* o *antecedente* porque es en donde tiene su origen el *activo maculado* como en los casos de personas dedicadas al *contrabando* y que llegan a hacer fortunas cuyo origen en el momento de ser investigados no van a poder justificar, o el de los abusadores de dineros públicos bajo la forma modal de *peculado* aunque aún no se han hecho propuestas serias, o no hay la decisión política de investigarlos por *lavado de activos* no encontramos obstáculo o impedimento para que ello ocurra.

Completamos algunas reflexiones con los comentarios del connotado jurista argentino, Prof. Marcelo SANCINETTI¹⁵⁷ quien recoge una interrogante de una nota de prensa de Juan Félix MARTEAU en *Cronista.com*, bajo el título *¿Se puede castigar el*

¹⁵⁷ SANCINETTI, Marcelo, en trabajo monográfico, *Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser "hecho previo" del delito de lavado de dinero?* Publicado en el periódico digital, www.eldial.com

lavado de dinero? en que inclinaría acaso por la opinión de la doctrina a la que alude, en el sentido de que el dinero no tributado, retenido en su haber por el contribuyente defraudador, no puede ser objeto de lavado de activos. Señala el profesor SANCINETTI que MARTEAU se plantea fugazmente la cuestión de si el delito de defraudación tributaria reprimido en el artículo 1 de la ley 24.769 puede configurar un *hecho previo* en el sentido del delito de lavado de activos, es decir, la cuestión de si, cuando el artículo 278, inc. 1, a, CP, reprime el acto de aplicar “dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito”, también alcanza, bajo la expresión “proveniente de un delito”, al dinero que un contribuyente habría debido tributar al fisco, *si no lo hubiera defraudado*.

MARTEAU dice, “La respuesta no deja de ser controvertida por una parte de la doctrina cuando se observa que en muchos supuestos fácticos el evasor obtiene el dinero de una actividad lícita: es dinero limpio que se ensucia con la acción fraudulenta en perjuicio del fisco. Esto permite preguntar si el dinero evadido o sólo la renta que se obtiene luego de la evasión es lo que puede constituir el objeto (dinero sucio) del lavado”. El Profesor SANCINETTI al tiempo de señalar que el planteamiento aparece confuso, expresa¹⁵⁸, “Algo le sugiere al lector, con todo, que MARTEAU se inclinaría acaso por la opinión de la doctrina a la que alude, en el sentido de que el dinero no tributado, retenido en su haber por el contribuyente defraudador, no puede ser objeto de lavado de activos. Sea que MARTEAU piense efectivamente así o que aún no haya podido tomar una decisión, en todo caso quiero expresar y fundar aquí mi posición contraria al criterio aludido”.

Al dar respuesta a la interrogante, dice SANCINETTI, “Paso, pues, al tema del interrogante que plantea MARTEAU y lo con-

¹⁵⁸ SANCINETTI, Marcelo, en trabajo monográfico, *Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser “hecho previo” del delito de lavado de dinero?*

testo positivamente: dado que en la ley argentina no hay ninguna limitación —y a mi juicio es correcto que así sea (al respecto, v. *infra*, IV)— respecto de la naturaleza del delito previo, para que pueda haber delito de lavado de activos, *también el dinero proveniente de haber defraudado al fisco cae bajo la previsión legal del delito de lavado*”.

El tema se vuelve complicado cuando se trata de atribuirle la calidad de *dinero sucio* al evadido y al que se ha obtenido de manera legítima, pues SANCINETTI expresa que el argumento que insinúa MARTEAU, como dado por parte de la doctrina, relativo a que el dinero no tributado en el hecho previo no estaría “sucio” sino que en todo caso sólo lo sería su renta, es *incorrecto*. Agregando que¹⁵⁹: “En primer lugar, la distinción en sí entre la naturaleza del *capital* y la de la *renta* es arbitraria. En principio, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Mas este argumento no configura la razón determinante. Pues, si hubiera argumentos racionales para tal distinción, podría darse una solución diferenciadora entre capital y renta, de modo similar a como, en ciertos ámbitos del Derecho, lo producido por un bien no tiene la misma naturaleza que el bien mismo; por ejemplo, los bienes propios de un cónyuge producen una renta de carácter ganancial.

Pero el dinero no tributado, que el contribuyente tiene por vía de una *defraudación* tributaria (no por el mero hecho de “no pagar”), es tan “sucio” como el que se queda consigo un administrador infiel de bienes ajenos. Verdad es que el dinero no tributado no llegó a ser nunca *del Estado*, pero también es verdad que, según el Derecho, debería haber pasado al fisco y *no* estar en el patrimonio del defraudador. Esto es especialmente así si se acepta la opinión de los autores que afirman que, en el delito de defraudación tributaria del artículo 1 de la ley 24.769, la estructura típica es en sí

¹⁵⁹ SANCINETTI, Marcelo, en trabajo monográfico, *Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser “hecho previo” del delito de lavado de dinero?*

la del delito de estafa simple del artículo 172 del Código Penal. ¿Es que la estafa tampoco podría dar lugar al delito de lavado de aquel dinero producto de la estafa?

No hace falta, con todo, estar de acuerdo en que la defraudación tributaria coincide con la figura de estafa, para que el delito de defraudación tributaria habilite, como hecho punible, el lavado de su producto. Lo determinante es que el dinero no tributado es justamente *producto del delito*".

Agrega luego el profesor Mario SANCINETTI¹⁶⁰, "Un argumento distinto en contra de ello —que se podría emplear, pero que sería equivocado—, consistiría en decir que *no* es lo mismo que un dinero se tenga por no haber cumplido con la obligación de tributar, que decir que ese dinero, por eso solo, "es proveniente de esa acción", dado que su origen en cabeza del contribuyente es la actividad lícita anterior que habría motivado el tributo y que, por ende, *no se origina* en la defraudación.

Quien así argumentara sólo revelaría dificultades paralelas a las que en general se perciben en la doctrina argentina para interpretar verbos típicos de *acción* como aplicables a *omisiones*, por no haber en el Código Penal argentino una cláusula de conversión de acciones en omisiones. Al respecto, hay que acotar que, antes de que existieran cláusulas de conversión explícitas en ninguna legislación, se interpretó durante siglos que los delitos de acción también podían ser cometidos por omisión, si el sujeto tenía el deber especial de evitar el resultado. Así lo decía, por ejemplo, Feuerbach, respecto del homicidio por omisión: "El crimen de homicidio puede ser cometido:... tanto mediante acciones positivas como negativas; pero esto último presupone la obligación de realizar una acción positiva, cuya omisión haya sido la causa de la muerte de otro". De modo correspondiente, el dinero retenido

¹⁶⁰ SANCINETTI, Marcelo, op. cit.

merced al acto defraudatorio es, en *ese* sentido, tan “proveniente del delito”, como lo sería si hubiera sido obtenido por el “aprovechamiento indebido de subsidios”, reprimido en el artículo 3 de la Ley 24.769. Pues en ambos casos la razón por la que el sujeto tiene el dinero consigo es su delito previo”.

Lo antes transcrito aparece como sumamente drástico pues el dinero obtenido o ganado con una actividad lícita no debe ser reputado como delito de *lavado de activo*, sino aquella parte que correspondiéndole tributar no la ha pagado al Estado sino que la ha invertido en bienes con apariencia de tener un origen lícito, cuando en verdad es *dinero evadido*.

No obstante lo dura que aparece la solución del profesor SANCINETTI, le da la razón a MARTEAU en un tema central como en el que transcribimos¹⁶¹: “Verdad es, y aquí se registra *un* acierto de MARTEAU, que si el autor del lavado es el mismo sujeto que cometió el hecho previo, él (personalmente) *no* realizará el tipo del delito de lavado, porque éste presupone, al igual que el encubrimiento simple, que el sujeto *no haya intervenido en el hecho previo*; de otro modo se puniría el auto-encubrimiento. Al respecto, la ley parte de la base, con razón, de que la pena por el delito precedente ha tenido en miras que el sujeto, normalmente, tratará de sacar un provecho del dinero mal habido, con lo cual la pena por el hecho previo ya contiene un juicio de reproche por la acción de aprovechamiento posterior, que está contenido en el disvalor del delito de origen. Por ello, la cuestión en discusión se ciñe a los casos en que al menos *uno* de los autores del acto de lavado no ha tenido responsabilidad en el hecho previo. En *esto* coincido con MARTEAU.

Aun así hay que reparar en que la ley usa verbos típicos de *autoría*, sin contener una previsión similar a las que abundan en la Ley

¹⁶¹ SANCINETTI, Marcelo, op. cit.

de Estupefacientes, en las que también actos de participación están reprimidos –”al estilo anglosajón”– en la propia descripción de la conducta prohibida. Por ende, si de lo que se trata es de un mero acto de complicidad, inclusive si ésta fuera necesaria, en favor de un autor que *sí* ha sido responsable del hecho previo, se podría concluir en que, dado que el autor de este “hecho principal” (aparente) no cumple la condición negativa de *no* haber participado en el hecho previo, el acto de ayudarlo a que él “lave” el producto no cumpliría tampoco el tipo del lavado de dinero, en razón de la falta de tipicidad del hecho principal. El hecho, pues, de quien, por ejemplo, le extiende a otro una factura falsa para que el dinero mal habido por defraudación tributaria tenga luego la apariencia de haberse originado en un negocio jurídico posterior, sólo cumpliría el tipo –según esa interpretación, fijada al principio de accesoriedad– del encubrimiento simple (Art. 277, inc. b, CP), puesto que como mínimo ese sujeto “ayudaría al autor o partícipe” a “ocultar, alterar o hacer desaparecer los rastros del delito”.

Sería preferible, sin embargo, una interpretación divergente, viendo en el carácter *negativo* de la tipicidad, de la condición de *sí* haber participado en el hecho previo, *no* un elemento negativo de la realización del tipo en sí misma, sino una mera causa de exclusión “personal” de la tipicidad, que por ello no sería óbice para la punición, como partícipe de lavado, de quien hubiera sido *ajeno* al hecho previo. Dicho de otro modo: la conducta prohibida es en sí la de lavar el dinero, que puede realizarla también el participante del hecho precedente, sólo que resulta personalmente atípica para éste = atipicidad estrictamente personal del auto-lavado + punición de quienes tomasen parte en ese auto-lavado, sin haber sido partícipes del hecho previo, como partícipes en sentido estricto”.

Para nosotros el responsable del delito precedente –la evasión tributaria– puede llegar a cometer posteriormente el delito de

lavado de activos que aquí es más palmario o evidente pues se trata del mismo defraudador de tributos o contrabandista que va a *blanquear* el dinero mal habido, e igualmente hay la posibilidad de procesar al tercero que no participó en la defraudación tributaria o en el ilícito aduanero o contrabando, pero que es protagonista del *lavado de activos*. En el caso de una empresa o empresas puede haber una verdadera organización criminal con una división de trabajo que asegure un resultado final bifronte, por una parte la evasión tributaria y por la otra, que lo que no es tributado puede ser destinado a otras operaciones legítimas, como podría ser un negocio inmobiliario o automotriz, cuyo capital de inversión tenga un origen delictivo producto de ilícitos aduaneros o tributarios. Al tratarse de delincuencia organizada van a responder los dueños de las empresas y sus asesores, economistas, ingenieros, abogados, etc. Que conociendo el origen ilícito o *maculado* de los *activos* trabajan para *blanquearlos* o *lavarlos*.

Puede llegar un momento en que empiece a funcionar la *inversión de la carga de la prueba* de manera que los grandes empresarios de los *ilícitos aduaneros* tengan que justificar el origen de sus enormes fortunas ya *blanqueadas* o *lavadas*. Otro tanto podría ocurrir con los grandes evasores de tributos al Estado, mas en este caso nos podemos encontrar con situaciones que no tienen fácil solución, como determinar con objetividad en verdad a cuánto ascienden los *activos lavados*? Puede servir como un parámetro cuantificador el monto de la evasión tributaria de manera que esto no signifique un castigo injusto sobre los bienes que ha adquirido de manera lícita sino de los que son fruto de la evasión tributaria. No conocemos casos en marcha de procesamiento a evasores tributarios o responsables de ilícitos aduaneros por el delito de *lavado de activos*, cuya ley está vigente desde el año 2005.

Lavado de activos vs. Legalización de las drogas

En varias oportunidades y desde hace muchos años hemos venido proponiendo frente al incremento de la criminalidad de contenido violento asociada con las drogas ilegales, frente al nacimiento y crecimiento de la delincuencia organizada trasnacional, la legalización de las drogas¹⁶², y lo hemos vuelto a sostener en trabajo de reciente aparición¹⁶³.

El hecho cierto es que hay más drogas ilegales listas para un mercado de consumo siempre creciente, pues la producción de cocaína ya es superior a las mil toneladas métricas por año, los grandes carteles en Colombia como los de Medellín (con Pablo Escobar, con Rodríguez Gacha “El *mejicano*”, con los hnos. Ochoa), o los de Cali (con los hnos. Rodríguez Orejuela) han sido liquidados y reemplazados por cientos de *carteles hormiga*; y su enorme economía mundial subterránea supera ya los 500 mil millones de dólares por año, de los cuales el 80% es *lavado* en la banca del primer mundo y el 20% regresa a la región. Colombia vive una guerra de alta intensidad desde los años 1948, y es incuestionable ese híbrido *narco terrorismo y narco guerrilla*, no encontrando otra fuente para el mantenimiento de los ejércitos regulares que tienen los movimientos de la guerrilla colombiana que no fuese en los *activos* que producen las drogas ilegales que son *lavados* en parte mediante la compra de armas en el mercado negro, pues el *tráfico de armas* es la principal economía mundial subterránea con un movimiento económico que supera los 800 mil millones de dólares por año.

Hoy México es el país que vive un proceso de violencia estructural sin límites, probablemente mayor que el que ha vivido Co-

¹⁶² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Cárcel y drogas, De la represión a la legalización*, Editorial Edino, Guayaquil, 1994.

¹⁶³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Política criminal. Abolicionismo y antiprohibicionismo*, Criminología y drogas, Jurista Editores, Lima-Perú, 2009, pp. 31-117.

lombia, pues los muertos provienen de sectores vinculados inclusive a la Iglesia (altos prelados asesinados), a la dirigencia campesina, a la dirigencia política (el reciente asesinato en junio del 2010 el candidato del PRI a la Presidencia), a operadores del sistema de justicia que incluye a la propia policía, sumado al poder de corrupción que es capaz de generar una economía gigante que tiene un origen delictivo. Los grandes carteles mexicanos están en pie de guerra y la secuela de violencia y terror es hasta el momento imparable. Tal vez aquí también la única respuesta racional y sensata sea la de combatir su enorme poder económico y desarticular su estructura criminal con la legalización de las drogas.

Esa enorme cifra de *activos maculados* es *lavada* invirtiendo incluso en otras actividades delictivas como la prostitución, pornografía infantil, tráfico de armas, contrabando e ilícitos aduaneros, etc., con lo cual el tráfico de drogas ilegales se ha convertido en un gran *factor criminógeno* desencadenante de otras formas de criminalidad, imparable además por el gran poder de penetración que significa la posibilidad de generar una metástasis de corrupción para asegurar la impunidad.

En el análisis de lo que denomina **La nueva cuestión criminal**, el Prof. Luigi FERRAJOLI expresa que la criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y bienes fundamentales, no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados, sino que la criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es lo que denomina la *criminalidad del poder*, expresando que se pueden encontrar tres formas de criminalidad de poder, mancomunadas por su carácter de *criminalidad organizada*, la de los poderes abiertamente criminales; la de los crímenes de los grandes poderes económicos, y, finalmente la de los crímenes de los poderes públicos.

Manifiesta el profesor de la Universidad de Camarino¹⁶⁴, “La primera de estas formas de criminalidad del poder, la de los poderes criminales, es el crimen organizado: el terrorismo por un lado y la gran criminalidad de las mafias y las camorras por otro. La criminalidad organizada, obviamente ha existido siempre. Pero hoy, como está ampliamente documentado, ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y un peso financiero sin precedentes, hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional... Piénsese solamente en los beneficios colosales generados por el mercado clandestino y por el monopolio criminal de la droga a través del reclutamiento masivo de pequeños traficantes y distribuidores dentro de los grupos marginados. O bien en las asociaciones mafiosas destinadas a eludir las prohibiciones de inmigración, organizando el transporte e ingreso de inmigrantes clandestinos en las fortalezas occidentales. Pero piénsese también en el terrorismo internacional, que recluta su mano de obra sobre todo entre los grupos más pobres y fanatizados. En todos estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que trabaja para ella...”.

“La segunda forma de criminalidad del poder es la de los grandes poderes económicos transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del ambiente. Es este tipo de criminalidad que refleja el efecto más directo de la globalización. Justamente porque la globalización es un vacío de derecho público, y específicamente de derecho penal internacional, se manifiesta en el desarrollo de poderes des-regulados, que

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, en *Globalización y Derecho*, compiladores Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁSQUEZ, Publicación No. 8 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Imprenta Offset, Quito, Ecuador, 2009, monografía *Criminalidad y Globalización*, pp. 148-149 y 150.

tiene como única regla el beneficio y la auto-acumulación. Por esta misma razón es cada vez más incierto el confín de este segundo tipo de criminalidad y la de los poderes abiertamente criminales de tipo mafioso. También esta criminalidad se funda en la máxima explotación de la misma pobreza provocada o acentuada por la globalización. En ausencia de límites y reglas la relación entre el Estado y los mercados se invierte, no son ya los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino las empresas las que ponen a competir a los Estados, decidiendo colocar sus inversiones en los países que, por su estado de indigencia o por la corrupción de sus elites dirigentes, están mayormente dispuestos a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, explotación de los trabajadores y de los recursos naturales, ausencia de derechos y de garantías en materia laboral y ambiental”.

“Finalmente la tercera forma de criminalidad del poder es la que operando también ella organizada, se pone en acción por los poderes públicos. Aquí nos encontramos por desgracia, frente a una fenomenología compleja y heterogénea. Existen sobre todo diversas formas de corrupción y de apropiación de la cosa pública, que parecen actualmente haberse convertido, como lo ha documentado ampliamente Jorge Malem, en una dimensión ordinaria de los poderes públicos. El vínculo con la criminalidad de los poderes económicos es obviamente estrechísimo. Y existen además los delitos más específicamente públicos: en primer lugar los crímenes contra la humanidad -desde las detenciones arbitrarias hasta las torturas y las desapariciones forzadas- cometidas por fuerzas policiales, fuerzas armadas y servicios secretos desde dentro y fuera de los ordenamientos respectivos; en segundo lugar la variada fenomenología de las subversiones desde arriba por obra de organizaciones ocultas, internas o internacionales, como las tristemente experimentadas en América Latina en los años 60 y 70, e intentadas también en Italia a través de asociaciones como Gladio, los servicios secretos, la P2 y similares; final-

mente, las guerras y los crímenes de guerra promovidos, en abierto contraste con la carta de la ONU y, por lo que respecta a algunos países como Italia, también en contra de sus constituciones nacionales”.

Nos interesa destacar que el profesor Luigi FERRAJOLI al comentar las reformas que son esenciales para *reducir la ineffectividad y para aumentar la racionalidad del derecho penal*, expresa que el primer orden de reformas se refiere al mercado de lo que podemos denominar “bienes ilícitos”, en particular a dos tipos de tráfico. Antes que nada a la lógica prohibicionista en materia de drogas. En palabras del propio Ferrajoli, “esta lógica a causa de la incapacidad de los Estados para garantizar la observancia de las prohibiciones tiene como único efecto dejar el monopolio del mercado de la droga a las organizaciones criminales e incrementar enormemente sus beneficios. La legislación prohibicionista en materia de drogas es por ello típicamente criminógena: representa el principal alimento de la gran criminalidad mafiosa del narcotráfico y de la pequeña criminalidad dependiente de la pequeña distribución. El único modo de modificar de raíz este terreno de cultura de la criminalidad es la legalización y por tanto la liberalización controlada de las drogas”¹⁶⁵.

A un año apenas de la Convención de NN.UU de Viena de 1988, que se refiere a la necesidad de la señalización como delito del *lavado de activos* que provenían del tráfico o comercio de las drogas ilegales, para tratar de golpear las bases económicas de esta forma de criminalidad organizada, se suscribe en 1989 en la ciudad de Málaga en España, el *Manifiesto por la legalización de las drogas* ¹⁶⁶ que suscriben destacados juristas, catedráticos y magistrados como Perfecto Andrés Ibañez, José Luis Díez Ripollés, Luis Gracia Martín, Ignacio Verdugo Gómez De La Torre, Cándido Conde

¹⁶⁵ Cfr. Luigi, FERRAJOLI, en op. cit., p. 157.

¹⁶⁶ Se puede revisar el *Manifiesto de Málaga* de 1989, en www.alfonsozambrano.com

Pumpido Tournon, Juan Bustos Ramirez, Javier Boix Reig, Enrique Gimbernát Ordeig, Luis Gracia Martín, Gerardo Landrove Díaz, Mercedes García Arán, Anna Ferrer García, Soledad Jurado Rodríguez, Manuela Carmena Castrillo, Juan Terradillos Basoco, Borja Mapelli Caffarena, Ventura Pérez Mariño, María Luisa Maqueda Abreau, entre otros.

Ante el rotundo fracaso en la llamada *lucha contra las drogas ilegales* no encontramos otra salida *racional* que no sea la legalización de las drogas, así eliminaríamos una gran fuente de corrupción, un gran factor criminógeno desencadenante de otras formas de criminalidad, y le daríamos un golpe de muerte al *lavado de activos*. Más yo sostengo que aquí está precisamente el *talón de Aquiles* del discurso por la *legalización*, pues el volumen de *activos* que proviene del tráfico ilegal de drogas es una cifra muy grande como para dejar de ser *lavada* o *blanqueada*.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *La imputación objetiva en el derecho penal. Nociones preliminares*, Lima-Perú, Idemsa, 1997.

AMBOS, Kai, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero? El penalista liberal*, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires (Argentina) 2004.

BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984.

BETTIOL, Guiseppe, *Derecho Penal*, parte general, editorial Temis, Bogotá, 1965.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El delito culposo*, Santiago de Chile, 1995.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, tomo I, editorial Temis, Bogotá, 1956.

CESANO, José Daniel, en trabajo monográfico, *Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen ilícito*. S/F.

CORDERO BLANCO / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio”, en AA. VV., *Criminalidad Organizada*. Actas preparatorias de la Asociación

Internacional de Derecho Penal, Univ. de Castilla La Mancha, 1999.

COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

CURY URZUA, Enrique, *Tentativa y delito frustrado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

DONNA, Edgardo Alberto, *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder*, en AAVV *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Las razones del pacifismo*, publicado en Revista Jueces para la Democracia, No. 50, 06/10/2004.

FERRAJOLI, Luigi, en *Globalización y Derecho*, compiladores Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁSQUEZ, Publicación No. 8 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Imprenta Offset, Quito, Ecuador, 2009, monografía *Criminalidad y Globalización*.

GALVEZ VILLEGAS Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Primera edición, Editora jurídica Grijley. E.I.R.L., Lima Perú, 2007.

GRACÍA MARTÍN, Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 07-02 (2005), p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, **CANCIÓ MELIÁ** Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

JESCHECK Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, volumen I y volumen II, Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V*, Editorial Losada S.A., 1956.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1970.

MANSO PORTO, Teresa, *La lucha contra el blanqueo de capitales en el marco internacional y europeo: resultados desde una perspectiva de derecho comparado*. Puede ser accedido en www.alfonsozambrano.com en el link Doctrina Penal.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomos II y III, Editores Ediar, S.A., Buenos Aires, 1950.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *La tentativa*, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1974.

PRADO SILDARRIAGA, Víctor, *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Idemsa, Lima, 1994.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta España 2003.

PUIG MIR, Santiago, *Derecho Penal, Parte general*, Barcelona, 1990.

REYES, Alfonso, *Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.

ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal, La imputación ulterior al tipo objetivo*, IDEMSA, Lima, 1997.

ROXIN, Claus, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

SANCINETTI, Marcelo, en trabajo monográfico, *¿Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser “hecho previo” del delito de lavado de dinero?* Publicado en el periódico digital, www.eldial.com

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Segunda edición, Civitas, Madrid, 2001.

SCARANO, Luigi, *La tentativa*, editorial Temis, Bogotá, 1960.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal*, parte general, I el hecho punible, Edersa, Madrid, 1982.

STRUENSEE, Eberhard, *Lavado de dinero a través de la aceptación de los honorarios para la defensa penal*.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*, en www.alfonsozambrano.com

WELZEL, Hans, *Derecho Penal, Parte General*, Roque De Palma, Editor, Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edición* Ediar, Buenos Aires, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*. 1ra. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Anteproyecto de Código Penal para Ecuador*, consultar en www.alfonsozambrano.com, sección Doctrina Penal.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, edit. Graba, Guayaquil, 1984.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Cárcel y drogas, De la represión a la legalización*, Editorial Edino, Guayaquil, 1994.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Proceso penal y garantías constitucionales*, Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia de U. Católica de Guayaquil. Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Derecho Penal, Parte General*, Editado por ARA, Lima, 2006.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de derecho penal, Parte General*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *La prueba ilícita*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Política criminal*, Jurista Editores, Lima, 2009.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio crítico a las reformas a los códigos: penal y de procedimiento penal. Publicadas el 29 de marzo de 2010*, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada, Derecho Penal y sociedad. Apuntes para el análisis*, Se lo puede revisar en www.alfonsozambrano.com

