



NOVIEMBRE 2018

# Asesoría sobre investigación de procedimientos de especial complejidad en Ecuador - Parte 2

Ottavio Sferlazza

**EL PACCT**    
**EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA**  
PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

**“Esta publicación ha sido elaborada con la financiación de la Unión Europea. Su contenido es sólo responsabilidad del programa “EL PAcCTO” y no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea”.**

## Resumen Ejecutivo

En el curso de la primera asesoría sobre investigación de procedimientos de especial complejidad en Ecuador – Gestión de bienes intervenidos del delito, realizada en el periodo 4-6 de junio 2018 en Quito, junto con el experto francés, analizamos el sistema jurídico de Ecuador sacando las siguientes conclusiones:

a) Todo el sistema procesal ecuatoriano y, en consecuencia, también la legislación sobre la incautación y la recuperación de activos ilícitos están de manera significativa y negativa condicionados por el principio básico según el cual el acusado, desde la fase inicial de la investigación, tiene que ser avisado que se procede en su contra, de acuerdo con una “filosofía” de fondo que hemos sintetizado a través de la expresión : litigar con los imputados y, luego, incautar los bienes procedentes del delito. Al contrario, la toma de conciencia que todo eso se resuelve en una injustificada ventaja para el investigado, incompatible con el nivel de gravedad alcanzado por la delincuencia, sobre todo la organizada, sugiere una reforma eficaz que podría facilitar el cambio de objetivo del sistema sin faltar de respeto a los derechos de la defensa y al derecho de propiedad, ambos protegidos por la Constitución del Estado. La idea sería, para el futuro, que el procedimiento penal permita incautar a los bienes y luego instaurar el contradictorio, si hace falta.

b) Una eficaz acción de prevención y contraste al lavado de activo y a los delitos, así dichos “presupuestos”, es decir los de los cuales proceden las ganancias ilícitas, exige no sólo una cooperación leal y proactiva entre la Policía Nacional y Judicial, la Unidad de Análisis Financiero y Económico (U.A.F.E) y la Fiscalía General del Estado (F.G.E) que participan en la tarea de gestión de los bienes ilícitos, sino también interinstitucional, es decir entre todos los actores involucrados en el complejo procedimiento de búsqueda, identificación, embargo y comiso de bienes de procedencia ilícita. La asesoría de junio indujo a los expertos a subrayar, entre otros puntos, la necesidad de fortalecer la colaboración entre fiscalía y la Unidad de Análisis Financiero y Económico, lo que puede responder a la falta de un programa de cooperación y la carencia de reuniones operativas. El resultado general esperado a corto plazo podría ser el establecimiento del marco de cooperación efectiva entre las distintas instituciones

encargadas de la investigación de procedimientos de especial complejidad y de gestión de bienes intervenidos del delito.

c) Estrechamente conexas con la exigencia especificada en la anterior letra b) es la necesidad de instituir eficientes y completos bancos de datos, en particular sobre las relaciones financieras y de la propiedad Inmobiliar que permitan un acceso rápido a los órganos de investigación a través de un sistema de conexión telemática y de interoperabilidad.

d) Además pareció oportuna la institución de una estructura central de “coordinación” entre las unidades de la Fiscalía General del Estado que permita una visión unitaria y no aislada de la criminalidad organizada, dejando a cada fiscalía competente por territorio el desarrollo de las investigaciones, pues la concentración de todas las investigaciones en materia de lavado de activo, terrorismo y tráfico de estupefacientes en la F.G.E. podría resultar contraproducente si esta oficina no tiene los recursos humanos y la estructura administrativa adecuados para ocuparse de todos los asuntos del país.

A luz de lo anterior, la asesoría desarrollada en Quito en los días 14-15 y 16 de noviembre de 2018 en la Fiscalía General del Estado tenía los siguientes objetivos generales:

- Potenciar las capacidades de las instituciones contra la delincuencia organizada en sus diversas formas.
- Mejorar la normativa interna en la definición de infracciones criminales, en la recuperación de activos y la gestión de los bienes intervenidos de origen ilícito.

En esta perspectiva la agenda de las actividades ha sido articulada en unas secciones sobre estos temas.

- Exposición por parte del infrascrito acerca de los efectos distorsivos de la infiltración de la economía ilegal en el sistema económico y financiero nacional e internacional y el reconocimiento de la legislación italiana.
- Análisis de las dificultades normativas, sustantivas, procesales e institucionales para la recuperación de activos procedentes del delito y su gestión una vez recuperados
- Comparación de la normativa ecuatoriana y europea en relación a recuperación de activos procedentes del delito
- Análisis del estado de la coordinación existente entre las unidades de investigación financiera, unidades policiales y fiscalías

- Propuestas de posibles marcos de cooperación entre las distintas instituciones.
- Taller Análisis-Caso Practico en técnicas de investigación en materia de lavado de activos y otros delitos
- Trabajo taller: propuesta de reformas procesales al COIP

## Contexto

La lucha contra la delincuencia organizada requiere cada vez más una actuación especializada que nunca puede ser prevista a través de sistemas formativos tradicionales. Por el contrario, la nueva delincuencia no conoce fronteras y tiene a su disposición medios tecnológicos que le permiten cometer delitos o disfrutar de sus productos en otros estados, y disposición de personal muy especializado que le permite la constitución de entramados societarios y contables de muy difícil verificación. Los grupos delictivos, en especial los tradicionalmente denominados de guante blanco, perfectamente integrados en la sociedad o liderando alguno de los sectores, están perfectamente estructurados, ocultos en marañas societarias, financieras o contables que requieren que las autoridades dispongan de leyes claras, se encuentren bien organizadas y funcionen con personal no simplemente formado, sino de manera fundamental, experimentado y estable.

En Ecuador, la Fiscalía General del Estado tiene interés en la profundización de la especialización del desarrollo de investigaciones complejas. La Fiscalía ha publicado su plan estratégico institucional 2017-2023, que marca como objetivos fundamentales fortalecer la capacitación de la investigación preprocesal y procesal penal, las capacidades institucionales y la transparencia institucional.

La lucha contra la delincuencia organizada requiere inexorablemente privar a sus responsables de los beneficios del delito. Con carácter general, se describen tres momentos, el primero la identificación de bienes, el segundo el secuestro o embargo y el tercero la privación definitiva. En concreto, la asesoría del Programa se tiene que dedicar a la gestión de los bienes intervenidos del delito. Los representantes de la República de Ecuador que trabajan en la materia han explicado el contexto, las normativas, el papel de cada uno y como se coordina, entre actores, la misión de recuperación de los productos del delito.

En particular, unos representantes de la Fiscalía General del Estado, de la Policía Nacional, de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) y del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, en cada sesión plenaria, explicaron a través de una confrontación informal con el infrascrito, a veces articulada en forma de preguntas y respuestas, las criticidades del sistema de Ecuador, las dificultades operativas encontradas en el desarrollo de su trabajo y pidieron aclaraciones sobre el sistema italiano de recuperación y gestión de activos procedentes del delito y por lo general sobre el sistema procesal en materia de intervenciones telefónicas, empleo de elementos de prueba en otros procedimientos, cooperación internacional y otros argumentos relacionados con el tema de la asesoría.

## Desarrollo

a) **Los efectos distorsivos de la infiltración de la economía ilegal en el sistema económico y financiero nacional e internacional. El sistema de prevención y represión en la legislación italiana.**

Con los representantes de las instituciones presentes, involucradas y comprometidas en el contraste a la criminalidad económica y financiera, compartimos la opinión según la cual en un momento histórico de crisis económica mundial ha venido adquiriendo una importancia fundamental el problema de los efectos de la distorsión de la economía ilegal en el sistema económico-financiero y sobre el desarrollo de la economía legal.

De hecho las asociaciones delictivas, para perseguir el objetivo principal del fin de lucro, particularmente las del tipo mafioso, han asumido ahora ya las características estructurales y organizativas y también, las modalidades operativas de tipo empresarial, pues la comisión de crímenes es funcional a la producción de la riqueza, es decir de ganancias ilícitas que deben después ser reinvertidas no solo para financiar los gastos de la gestión de la misma estructura criminal – por ejemplo para proveer al sustento de la familia de los afiliados detenidos, pagar los honorarios de los abogados, etc. - sino también para consentir la reinversión en otras actividades, lícitas o ilícitas, con el finde producir nuevos beneficios y por consiguiente nueva riqueza, según una lógica de “maximización” de utilidades..

Los crímenes a través de los cuales la delincuencia organizada saca, de manera directa e inmediata, las ingentes ganancias son todas aquellas ilícitas de las cuales puedan derivarse recursos económicos y financieros; la gama es amplia: del robo al asalto, de la estafa a la extorsión, del narcotráfico a la explotación de la prostitución, del tráfico de armas a la trata de seres humanos, de las contrataciones públicas a la usura por citar algunos.

Pero al lado de estos delitos existen otros que desarrollan una función instrumental, quizás menos aparente pero no por eso menos peligrosa, al contrario, más insidiosa, y que sirven, como ejemplo, para eludir los sistemas de control predispuestos por el legislador: de estos constituyen típicos ejemplos la corrupción, el fraude, la intimidación y además todos aquellos delitos, contra la persona o el patrimonio, que son por así decirlos prodrómicos respetos a otros.

A la luz de las consideraciones que preceden aparece evidente como una de las especificidades de la organización criminal está constituida verdaderamente por sus relaciones con el contexto socio – económico legal, es decir con las instituciones políticas, administrativas y las instituciones económicas del país, con las cuales coopera recíprocamente estableciendo relaciones de variada naturaleza, que pueden asumir aspectos del tipo parasitario, pero también orgánico o a menudo simbiótico con grupos y centros de poder político-económico.

Lo que es cierto es que las organizaciones criminales, sobre todo las de tipo mafioso – como la mafia siciliana, la ‘ndrangheta de Calabria, la camorra napolitana y la sagrada corona unida de Puglia- producen graves efectos distorsivos en el libre mercado en el que se mueven y actúan con sistemas desleales que alteran las reglas de la competencia, ahorrando sobre los costos y repercutiéndose sobre los precios.

Es obvio, por otra parte, que otro carácter del crimen organizado que cabe señalar - tanto porque permite captar las dimensiones y las modalidades con las cuales se manifiesta el fenómeno del blanqueo, como porque impone adaptar a la nueva dimensión transnacional las estrategias y los medios del contraste – está constituido por su globalización, a la cual no se ha opuesto una armonización de las legislaciones estatales.

De hecho, las diferencias entre las legislaciones determinan que las organizaciones criminales acaban por elegir a los países que hacen menos controles.

La existencia de asimetrías en los diferentes marcos jurídicos nacionales, la opacidad en la constitución de empresas y entes, los inadecuados sistemas de trazabilidad y reconstrucción de los flujos financieros, agravan la amenaza de la delincuencia organizada por la seguridad económica y financiera y ahora tenemos que enfrentar también, de manera siempre más eficaz, el gravísimo problema del financiamiento al terrorismo internacional de matriz islamista.

El crimen organizado, sobre todo el de tipo mafioso, que ha manifestado siempre una gran ductilidad y capacidad de adaptarse a los tiempos, ha sabido explotar los espacios legales de mayor libertad de los que goza el mercado globalizado- caracterizado por reglas siempre menos rígidas en campo comercial y financiero - funcionando con criterios y elecciones de tipo empresarial, diversificando las inversiones y explotando el desarrollo de los sistemas informáticos y telemáticos, ya convertidos en “instrumentos de trabajo” utilizados por lo general por la criminalidad trasnacional.

El sector de las transferencias electrónicas, como bien se comprende, es el que despierta las mayores preocupaciones en cuanto las cantidades cada vez más crecientes de transacciones que se realizan a nivel internacional en un día hacen su control casi imposible y luego debilitan la eficacia de la acción del contraste al fenómeno del blanqueo de capitales.

Las experiencias de investigación muestran, de hecho, como la renovada fuerza de las organizaciones criminales se funda en la capacidad de hacer negocios, a través de una fuerte "mentalidad empresarial" y estrategias de expansión con el apoyo de figuras de consultores a menudo altamente profesionales.

Como se sabe, la criminalidad organizada influencia la economía de mercado de manera directa o indirecta sobre todo en las áreas geográficas del Sur de Italia:

- en primer lugar, transformándose por así decirlo en “empresa”;
- sucesivamente, por lo contrario, condicionando el mercado por medio de fenómenos de la intermediación parásita y predatoria o actitudes simbióticas con la economía legal.

Notables son, obviamente, los gastos para la colectividad en general y para cada actividad productiva en particular.

El arraigo de la criminalidad de tipo mafioso en muchas áreas del sur de Italia resulta particularmente dañino por los efectos de condicionamiento en las actividades económicas locales y por la desventaja competitiva total que puede derivar de este.

Este constituye, en primer lugar, un factor de distorsión en el mercado en cuánto altera la dinámica de los contratos públicos, así como el mercado del trabajo y de los capitales.

La criminalidad organizada puede:

- 1) adquirir el control directo de algunas compañías que funcionan en la legalidad;
- 2) participar sobre todo en el mercado a través de empresas destinadas al lavado del dinero;
- 3) operar en el sistema de los contratos públicos, alterando el correcto desarrollo de los mismos.

De la misma forma, los fenómenos cada vez más frecuentes del nacimiento improvisado de empresas de grandes dimensiones (especialmente en el sector de la distribución comercial), que se revelan a veces estructuras funcionales al lavado de dinero, crean descompensación y desequilibrio al funcionamiento del mercado.

Las empresas nacidas utilizando recursos ilegales imponen generalmente precios más bajos que la competencia y sobre todo gozan de ventajas de gastos, en cuanto funcionan a través de capitales ilegales sin costo por que no tienen necesidad de recurrir a la financiación bancaria.

En estas condiciones de mercado las empresas legales que no logran comprimir los gastos y aplicar precios similares a los del sistema ilegal, acaban asumiendo un papel marginal en el mercado, con el riesgo de ser excluido o de llegar a ser ellas mismas víctimas del crimen organizado.

En un contexto como éste, las reglas normales de la competencia son violadas: se corre el riesgo de que una compañía o un grupo de compañías adquiera una posición dominante, tendencialmente monopolística, no se garantiza la competencia leal entre los operadores económicos, se impide, muy simplemente, la libre iniciativa empresarial.

Múltiples fuentes acreditadas (por ejemplo, en Italia, la Comisión parlamentaria de investigación sobre el fenómeno del crimen organizado mafioso o símil) indican las extorsiones y la usura como las más consolidadas y conocidas formas de la presión ejercitadas en las actividades empresariales por parte de la criminalidad.

Elas absorben liquidez de las empresas, logrando producir flujos financieros consistentes y paralelos a los legales.

Esta enorme masa monetaria, además de ser generada por acciones ilícitas, es por sí mismo un factor muy desestabilizador del mercado y de la competencia, porque genera una ventaja competitiva a favor del sistema ilegal.

De hecho si por un lado, la empresa que funciona en la legalidad debe soportar un determinado costo del capital para utilizarlo para invertirlo, teniendo que recurrir al crédito bancario, por el otro los recursos financieros de los que se sirve el sistema ilegal son sin costo alguno.

El chantaje es el centro del dominio mafioso porque implica el control capilar de un territorio, el conocimiento preciso de su economía y por lo tanto ofrece el inventario de todas las posibilidades de riqueza de la mafia.

También la usura, además, en los casos más graves se transforma en el instrumento a través del cual el crimen organizado adquiere el control directo de la compañía víctima.

El "proceso" de lavado de activos se divide en tres fases:

- acumulación primitiva de capitales ilícitos, provocada por las actividades propias de la delincuencia organizada;

- la transformación del capital ilícito en capital lícito: Esta es la fase en la que el dinero se inserta en el sistema financiero de las actividades económicas. El proceso de conversión produce dos utilidades: la posibilidad de aumentar la capacidad de penetración en las áreas de economía legal (el llamado "efecto de la contaminación ") y , como se mencionó, la oportunidad de "mimetizarse " en la economía;

- la inversión de los capitales en las actividades económicas y productivas lícitas o para perseguir finalidades ilícitas.

Mientras que una parte de las ganancias "lavadas" se utiliza en las actividades económicas legales ("limpias"), la otra parte se vuelve a utilizar para alimentar las actividades delictivas. Por otra parte, la inversión no tiene que seguir la lógica del beneficio y de la eficiencia económica, teniendo en cambio garantizar al criminal el conseguimiento de sus finalidades.

## **B) El sistema de prevención y represión en la legislación italiana**

La evolución de la legislación italiana en materia de contraste al lavado de dinero y por lo general a la reinversión de los capitales ilícitos en la economía legal constituye la demostración de la toma de conciencia cada vez mayor de la gravedad del problema

y de la importancia fundamental que asume la eficiencia y la eficacia de esta acción de contraste.

La mafia teme más la confiscación de bienes que la cárcel y eso asunto constituye una adquisición probatoria compartida en el curso de muchos años de investigaciones.

Sin embargo, a la luz de lo anterior, es claro que la prevención y la lucha contra el lavado de dinero y todas las demás formas de ilícito económico no se pueden realizar de manera efectiva sólo en la perspectiva nacional, sino requieren una sinergia efectiva y la cooperación internacional, que no es posible sin una armonización de las diferentes legislaciones internacionales.

En el mes de junio 2015 se publicó la Directiva de la Unión Europea (UE) 2015/849, que está siendo implementada en nuestro país a través de la promulgación de una ley de delegación que conduzca a reescribir el D.Lgs.231/07, cuyas principales novedades incluyen, entre otros:

- La creación de un sistema centralizado de información para mejorar la transparencia en cuanto a la propiedad de las empresas y trust para la verificación de la propiedad efectiva;
- mayores poderes en relación con el intercambio de información y la colaboración para la identificación de los “blanqueadores” de dinero que operan a través de fronteras
- mejora de la trazabilidad de las transferencias de fondos de la Unión y la introducción de sanciones específicas dirigidas a fortalecer la conformidad.

Con referencia específica a la legislación italiana, la lucha contra el lavado de dinero, opera a través de un " sistema dual " .

De hecho, se han introducido por un lado un conjunto de normas penales con finalidades penal-represivas y, por otro lado, medidas preventivas con la introducción de obligaciones de cooperación activa para ciertos tipos de sujetos que operan en el sistema económico y financiero.

### **B.1) Sistema de prevención**

El marco normativo de la prevención se funda esencialmente en el Decreto Legislativo n. 231 de 21 de noviembre de 2007, que transpone la Directiva 2005/60 / CE.

Este decreto establece, entre otras cosas:

- varios destinatarios de las obligaciones contra el lavado de dinero, divididos en categorías de acuerdo con el tipo de las obligaciones de la colaboración requerida por la normativa;

- la imposición de obligaciones destinadas a garantizar la trazabilidad de las transacciones financieras (colaboración "pasiva") y la identificación y reporte de operaciones sospechosas (colaboración "activa");

- el principio de colaboración "responsable" de los intermediarios financieros y de otro tipo, que se aplicará sobre la base del nivel de riesgo de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo asociado con el tipo de clientes, relaciones comerciales, el servicio profesional, producto o transacción;

- las informaciones entre las autoridades responsables de la protección del sistema financiero contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo;

En el marco normativo de protección del sistema financiero, antes brevemente explicado, está claro que el cumplimiento de la obligación de identificar y señalar transacciones sospechosas constituye un requisito necesario para la lucha contra el lavado de dinero, tanto en términos de represión como de prevención.

El envío de estos informes, de hecho, permite profundizar una específica investigación por parte de un sector especial de la Policía Financiera y de la Dirección Investigativa Antimafia (DIA).

En virtud del artículo 41 del Decreto Legislativo. N. 231/2007, los destinatarios de las obligaciones antilavado de activo (bancos, intermediarios financieros, profesionales, etc.) envían a la Unidad de Inteligencia Financiera un reporte de operación sospechosa cuando saben, sospechan o tienen motivos razonables para sospechar que está siendo o ha sido cometido o intentado, operaciones de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo; la sospecha se puede deducir de las características, el alcance, la naturaleza de la transacción o cualquier otra circunstancia conocida sobre la base de las funciones ejercidas, teniendo en cuenta la capacidad económica y la actividad desarrollada por la persona a quien se refiere.

Después del análisis financiero, la UIF (Unidad de Información Financiera) puede archivar el informe que considere infundado, guardando los datos por diez años y permitiendo la consulta a la DIA y a la Unidad especial de la Policía Financiera; como alternativa la UIF tiene que enviar las señalizaciones sospechosas, acompañadas por

el informe técnico sobre los resultados del análisis financiero, a la Dirección Investigativa Antimafia (DIA) y al Unidad especial de la Policía Financiera.

En el 2016, la Policía Financiera italiana ha recibido n.101.065 y en el 2017 n.93.820 informes de transacciones sospechosas.

## **B.2) Sistema penal- represivo**

El marco normativo penal- represivo en tema de contraste a los patrimonios ilícitos y en particular a la reinversión de ganancias de procedencia ilícita en la economía legal se caracteriza por la previsión en el código penal de tres principales delitos.

### **1) El crimen de lavado de dinero**

El artículo 648-bis del código penal establece: “Fuera de los casos de concurso en el crimen, cualquier persona que sustituya o transfiera dinero, bienes u otras utilidades que proceden de un delito no culposo, o que cumpla en referencia a ellos otras operaciones, para obstaculizar la identificación de su origen criminal, se castiga con la reclusión de cuatro a doce años y una multa de dos millones de liras a treinta millones.

Al final el artículo 648 bis c.p., en su actual formulación fue otra vez modificado por la ley n. 328 del 1993, que ha ratificado y dado ejecución a la convención del Consejo de Europa sobre el lavado de dinero, la búsqueda, el secuestro y la confiscación de ingresos de delitos (estipulada en Estrasburgo el día 8 de noviembre de 1990) y además a la directiva comunitaria n.166 del 9/6/1990.

Con la antedicha ley el delito de lavado de dinero ha sido otra vez modificado sobre un doble perfil:

- Delito presupuesto puede ser cualquier delito no culposo;
- Ha sido ampliada la conducta de blanqueo en el sentido de que es punible la sustitución o la transferencia del dinero, bienes u otras utilidades” y de cualquier operación idónea a obstaculizar la identificación de la procedencia ilícita.
- Con esta definitiva reformulación el legislador italiano, acatando la normativa europea, ha querido castigar cualquier conducta tendiente a “limpiar” o “blanquear” el así dicho “dinero sucio” procedente de delitos.

A lo largo de los últimos años la doctrina y la jurisprudencia dudaban que los delitos fiscales pudieran constituir delitos presupuestos con respecto al delito de blanqueo.

En particular, la opinión según la cual la fraude fiscal no podría constituir delito presupuesto del blanqueo se funda en la tesis que la fraude fiscal no causaría ningún incremento patrimonial del sujeto ( en el sentido que de la comisión del delito no derivarían dinero, bienes u otras utilidades objeto del sucesivo blanqueo) sino solamente “ una fallida depauperación del patrimonio”, puesto que la fraude solo impediría una pérdida, aunque justa, de un bien – mejor dicho, dinero - legítimamente detenido. Esta tesis es infundada.

La evolución histórica de la norma, de hecho, pone en evidencia que el legislador, con las reformas mencionadas, ha ampliado no solo el número de los delitos presupuestos, sino también la conducta punible y el mismo objeto del delito, pasando de la simple “sustitución de dinero o valores” a la “sustitución o transferencia de” dinero, bienes u otras utilidades”, mejor dicho, en español, ventajas”.

La locución “otras ventajas” es tanto amplia que en esa hay que incluirse no solo aquellos elementos que incrementan el patrimonio del sujeto sino también todo lo que constituya el resultado de aquellas actividades fraudulentas por medio de las cuales se impide que el patrimonio se empobrezca: y eso es lo que pasa cuando se comete un delito de fraude fiscal por medio del cual, evitando pagar los impuestos, se consigue un ahorro de gasto que se traduce, prácticamente, en un fallido decremento del patrimonio y, por lo tanto, en una evidentísima utilidad, en una ventaja de carácter indudablemente económico.

Ahora la Suprema Corte de Casación italiana, con una jurisprudencia constante, sostiene la tesis según la cual constituye “ventaja, ganancia, utilidad, beneficio de carácter económico” de los delitos tributarios la suma correspondiente al “impuesto evadido con fraude”, es decir procedente de la evasión fiscal y por lo tanto admite la posibilidad del secuestro preventivo finalizado a la sucesiva confiscación así dicha “por equivalente”, **que permite, cuando no es posible confiscar el precio del crimen, la confiscación de bienes de valor equivalente a ese precio, del cual el culpable dispone también por interpuesta persona.**

La aplicación de esta disposición normativa, originariamente introducida en el art.322 ter del código penal por los delitos contra la administración pública sobre todo para contrarrestar el grave fenómeno de la corrupción y concusión, ha sido extendida no solo a los delitos de fraude (art. 640 quáter c.p.) sino también al delito de blanqueo y autoblanqueo (art. 648 quáter) y por último a los delitos fiscales o tributarios.

## **2) El delito de “transferencia fraudulenta de bienes o activos”**

Una importante previsión de la legislación especial en el sector del contraste a la criminalidad organizada y en particular de la elusión de la normativa antimafia ha sido introducida por el artículo 12 quinquies del Decreto Legislativo 8 de junio 1992, n. 306, que prevé el delito de “transferencia fraudulenta de bienes o activos” (*encabezamiento fraudulento de bienes*) en el caso de que “cualquier persona atribuye falsamente a otra persona la titularidad o disponibilidad de dinero, bienes u otros beneficios con el fin de eludir las disposiciones de la ley sobre la prevención del contrabando, o para facilitar la comisión de uno de los delitos de “receptación, lavado de dinero y reinversión que hemos visto anteriormente.

Pero la acción de contraste al lavado de dinero no sería eficaz y completa si no se sancionara penalmente también la conducta del así llamado “autoblanqueo”, recientemente introducido en Italia.

## **3) El delito de autoblanqueo**

El nuevo tipo penal de autolavado fue introducido por la Ley 186 de 15 de diciembre de 2014 y esta disciplinado por el artículo. 648 ter 1 del código penal.

La nueva ley castiga a quien, después de haber cometido o participado en la comisión de un delito no culposo, utiliza intencionalmente, sustituye o transfiere en actividades económicas, financieras, empresariales o especulativas dinero, bienes u otros beneficios procedentes de la comisión de este delito, de manera que obstaculice concretamente la identificación de su procedencia ilícita.

El delito de autolavado se realiza si hay una combinación de las siguientes tres circunstancias:

1) creación - a través de un primer delito, el así dicho “delito presupuesto” (crímenes no culposos) – de una provisión de dinero, bienes u otras utilidades, que tengan un valor de intercambio apreciable;

2) el uso, el reemplazo o la transferencia de esos fondos, a través de un comportamiento adicional y autónomo, en actividades económicas, financieras empresariales o especulativas

3) existencia de un verdadero obstáculo para la identificación del origen delictivo de los fondos o bienes.

Desde el punto de vista operativa de la agresión de activos de origen delictivo, la introducción del tipo penal del autolavado en nuestro ordenamiento jurídico ofrece, en general, nuevas oportunidades interesantes en el campo de la confiscación de los activos, con referencia específica a la confiscación por equivalente.

### **b.3) Medidas cautelares reales y medidas de seguridad**

La medida cautelar real típica, funcional a asegurar la indisponibilidad de un bien o dinero de procedencia ilícita, es el “secuestro preventivo”, mientras que la confiscación o comiso es una “medida de seguridad”.

El sistema italiano prevé unos tipos de confiscación:

- Confiscación directa y por equivalente
- Confiscación extendida
- Confiscación de prevención

Por un examen más detallado se reenvía al párrafo dedicado a la comparación de la normativa ecuatoriana y europea en relación a recuperación de activos procedentes del delito.

### **C) Análisis de las dificultades normativas, sustantivas, procesales e institucionales para la recuperación de activos procedentes del delito y su gestión una vez recuperados.**

1. Retomando el tema de la inadecuación de la actual previsión normativa constitucional o de su interpretación y aplicación práctica por parte de los jueces, por lo que concierne la obligación de la previa información del acusado acerca de la existencia de una investigación en su contra, ya mencionado y subrayado en el documento técnico elaborado y redactado después la conclusión de la primera asesoría desarrollada en el mes de junio, la cuestión ha sido profundizada en el curso de una confrontación de opiniones con los fiscales presentes, unos de los cuales han compartido la inquietud y las perplejidades del infrascrito en el sentido de que la interpretación que ha venido afirmándose obstaculiza y perjudica la concreta eficacia de las investigaciones en materia de lavado de activo y, por lo general, de criminalidad organizada.

Bajo este perfil el infrascrito ha propuesto dos posibles intervenciones reformativas.

La primera es la reforma de la norma constitucional antedicha (art 77 Const.) en el sentido de que, establecida la intangibilidad de los derechos de la defensa del acusado, se podría añadir el inciso “sin perjuicio por el secreto de las investigaciones de acuerdo con las disposiciones del COIP y del código del proceso penal.

La segunda es la aplicación de una diferente, pero univoca y constante, interpretación de la disposición constitucional que, también en el texto actual, podría ser aplicada de manera más equilibrada, balanceando las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del acusado y las de tutela de la colectividad, eventualmente también a través de una modificación de las disposiciones procesales en materia de secreto de la actividad de investigación y de disciplina del instituto jurídico de la “reserva” previsto por el art. 490 COIP.

De esta manera se podría evitar una interpretación excesivamente garantista a través de la previsión del carácter secreto de la “investigación previa” hasta la formulación de cargos, pero al mismo tiempo parece absolutamente necesario que el fiscal pueda pedir al juez de garantía la emisión de medidas cautelares personales e/o reales antes que el acusado sepa o sea informado que se está investigando en su contra.

No tiene sentido en un país caracterizado por la presencia de fenómenos criminales graves - como narcotráfico, lavado de activo y corrupción – brindar esta injustificada ventaja a las personas investigadas que frecuentemente pueden contar con enormes recursos financieros y abogados muy preparados.

También la propuesta de introducir en la legislación de Ecuador, como está previsto en el sistema procesal italiano, una disciplina jurídica distinta entre delitos de criminalidad organizada (narcotráfico, lavado de activo, asesinato etc.) y delitos comunes, ha sido compartida por unos compañeros fiscales de Ecuador.

De hecho el legislador italiano ha individuado en el ámbito de la categoría de la criminalidad organizada un área de tipos penales definibles como "crímenes de mafia": la pertenencia ( la a.d." afiliación") a una asociación delictiva de tipo mafioso o el obrar a beneficio de ella o el delinquir valiéndose de sus instrumentos típicos, constituyen conductas que crean una mayor alarma social y se cree que quien es responsable, es portador de una carga de peligrosidad social difícilmente refrenable con medidas diferentes de la cárcel.

En los crímenes de mafia hay, por lo tanto, una tasa mayor de peligrosidad social que justifica una intervención más eficaz y penetrante y una disciplina distinta, por ejemplo, en materia cautelar.

Por los "crímenes de mafia", considerados más graves que los otros, se cree que quien los comete es más capaz de reiterarlos, de condicionar el proceso o de sustraerse a la pena; por estos delitos obra un mecanismo de "facilitación probatoria" sobre las exigencias cautelares y sobre la idoneidad de la medida cautelar en cárcel; las circunstancias de hecho que están a la base de tales valoraciones son supuestas hasta prueba contraria.

En otras palabras, se presume, hasta prueba contraria, la subsistencia de una o más entre las exigencias cautelares que la ley procesal exige para que se pueda emitir una medida privativa o limitativa de la libertad personal, es decir: peligro de reiteración del delito, peligro de contaminación probatoria (por ejemplo, con amenaza, intimidación u otras modalidades) y peligro de huida.

Aparece oportuno notar que la jurisprudencia de la Corte europea de los derechos humanos ha examinado la disposición (contenida en el art.275, III co. c.p.p) que prevé una especie de presunción de peligrosidad social de los indiciados de ser mafiosos y no ha denegado la legitimidad de la disposición.

Además la misma C.E.D.U (Corte Europea de los derechos del hombre) ha acogido el principio de experiencia relativa a la peligrosidad de la mafia, conexo a su poder de intimidación y su capacidad de controlar el territorio y de influenciar la vida pública"( cfr. Corte europea derechos del hombre, sent. del 24 de agosto de 1998, Comisión europea de los derechos humanos c. Gobierno italiano).

También la Corte Constitucional y en la Corte Suprema de Casación han afirmado el principio que el régimen distinto sobre indicado no es constitucionalmente ilegítimo en cuanto **conforme a los principios de razonabilidad y balance entre valores y principios constitucionalmente tutelados.**

2. En el curso del debate sobre nudos problemáticos del sistema ecuatoriano otro fiscal de la unidad especializada contra el lavado de activo comentó críticamente la orientación jurisprudencial según la cual después de una condena a cargo de una persona por un delito fiscal no son utilizables en el eventual sucesivo proceso por lavado de activo contra la misma persona los elementos probatorios recogidos en la primera investigación por que lo impediría el principio del "ne bis in idem".

El infrascrito puso de relieve que en realidad parece que el problema concierne un perfil de utilizabilidad probatoria, es decir típicamente procesal, más que de “bis in idem” que de hecho concierne la prohibición de procesar la misma persona dos veces por el mismo hecho.

En Italia el problema no existiría por que la introducción del tipo penal de auto blanqueo prevista por el código penal permitiría procesar al mismo sujeto por el distinto (y de ninguna manera igual) hecho delictivo, mientras que, por otra parte, ningún obstáculo normativo impediría el empleo de los elementos probatorios adquiridos en el separado proceso.

3. Otro punto flaco subrayado por varios fiscales concierne la imposibilidad en el sistema jurídico de Ecuador de secuestrar y después decomisar bienes registrados a nombre de menores (por ejemplo, hijos) a raíz de la no procedibilidad de una persona no imputable.

El obstáculo normativo sería constituido por la previsión literal del artículo 549 del COIP según el cual las medidas cautelares reales pueden ser ordenadas solo para secuestrar bienes de una persona física o jurídica “procesada” (**Art. 549.- Modalidades.- La o el juzgador podrá ordenar las siguientes medidas cautelares sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada.**omissis) y esta especificación ha inducido a los jueces a no acoger las solicitudes de secuestro que conciernan bienes pertenecientes a persona menor de edad o por cualquier razón no imputable.

Otro fiscal ha sugerido hacer recurso a la previsión normativa del artículo 69 apartado 2 lett. e) COIP que permite la aplicación de una multa en vez del comiso penal, cuando los bienes que son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito, no pueden ser comisados; en este caso “la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal”.

Una comparación con el sistema italiano nos permite evidenciar la posibilidad ofrecida por la previsión normativa que, de todas maneras, admite el recurso al secuestro y al decomiso por equivalente, tratándose en este caso de la hipótesis típica que, cuando no es posible la confiscación directa, se puede ordenar la misma por equivalente sobre los bienes de los cuales el culpable tenga en cualquier manera la disponibilidad también por persona interpuesta.

La registración a persona menor de edad o no imputable de un bien inmueble de procedencia ilícita sería en caso contrario un cómodo medio para eludir la ley penal.

Por otro lado, en este caso, la prueba que el encabezamiento ficticio a menor de edad o a persona incapaz ha sido realizada intencionalmente para sustraer el bien al decomiso podría determinar, según la ley italiana de contraste al lavado de activo, la aplicación del tipo penal de encabezamiento fraudulento de bienes previsto como delito por una ley penal especial.

Además, en Italia opera una presunción de disponibilidad del bien y de interposición ficticia de persona cuando se trata de hijos convivientes.

4. En el curso de la asesoría se ha profundizado el tema de la concentración de las investigaciones sobre los delitos de lavado de activo que ya había constituido objeto de específica mención en el documento técnico redactado después de la primera misión de junio.

Los fiscales presentes explicaron que la concentración de las investigaciones en la F.G.E. de la capital ha sido determinada por los frecuentes archivos de procedimientos a raíz del hecho que por escasa profesionalidad en este tipo de investigación o escasa conciencia de su complejidad induce los fiscales a hacer recurso en el caso de flagrancia al juicio directo cuyo término de diez días es incompatible con la profundización de las investigaciones en este tipo de delito.

Con respecto a esta solución organizativa hay que subrayar, en primer lugar, que aparece inadecuada ya que solo cinco fiscales especializados actúan en la FGE en materia de lavado de activo mientras que sería preferible una mejor capacitación y formación profesional de fiscales que tendrían que formar parte de secciones especializadas de las fiscalías periféricas. Por otro lado, no cabe duda, según la opinión del infrascrito, que la centralización obliga los fiscales de la capital a desplazarse frecuentemente a los lugares donde se ha cometido el delito con gastos de recursos y tiempo.

Además, parece evidente que las investigaciones tendrían que ser desarrolladas por la policía que actúa en el mismo territorio de la actividad delictiva del cual obviamente conoce las dinámicas criminales.

5. Otro punto flaco es la inadecuación numérica de la plantilla de la Policía Nacional que puede contar con 48.000 agentes, de los cuales solamente 80 son especializados en investigaciones antilavado de activo, número absolutamente insuficiente respecto a

la complejidad y difusión de este tipo de fenómeno criminal, si se considera que la sola Policía Financiera italiana ( que constituye uno de los tres cuerpos de policía junto con Carabineros y Policía de Estado) y aunque teniendo en cuenta que la población de Italia es el triple de la de Ecuador, puede contar con 58.000 dependientes.

6. La gestión de los bienes incautados y decomisados por parte del “Servicio de Gestión Inmovilizar del sector público”, a través de una específica “Dirección de bienes secuestrados e incautados”, presenta el grave inconveniente constituido por el hecho de que no hay un banco de datos sobre estos bienes inmuebles, como en Italia, que permita una consulta informática por parte de quien tenga interés en una eventual asignación del bien para una finalidad pública.

Además, el sistema ecuatoriano, así como otros países de Latino-América (por ejemplo, Honduras y Salvador), sigue privilegiando la subasta de los bienes decomisados más que la entrega o la encomienda a sujetos privados - personas físicas o jurídicas - para su inversión social, siendo posible la asignación solo a instituciones públicas que la soliciten.

Se necesitarían criterios precisos en función de los cuales decidir si subastar o entregar en concesión a instituciones públicas.

#### **D) Comparación de la normativa ecuatoriana y europea en relación a recuperación de activos procedentes del delito.**

Retomando las consideraciones desarrolladas en el documento técnico de la primera asesoría sobre el sistema de las medidas cautelares reales previstas por el COIP, hay que confirmar que en el ordenamiento jurídico de Ecuador la principal finalidad de las medidas cautelares reales es la de asegurar el **resarcimiento económico del daño** ocasionado a las víctimas de un delito de acción pública y, además, las **penas pecuniarias** y el **valor de las costas procesales**.(art. 191 Código de procedimiento Penal).

**Lo que se puede deducir del sistema antedicho es que a la disciplina de estas medidas es extraña cualquier función sancionatoria accesoria relacionada con la comisión de un delito y en particular la de asegurar la indisponibilidad de un bien o de un cualquier provecho que sea intrínsecamente antijurídico por su procedencia ilícita.**

De manera un poco desorganizada, por su colocación en el COIP (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP) en vez del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, las medidas cautelares reales, aquí definidas como “MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES”, recuperan su tradicional y fisiológica función instrumental para asegurar el definitivo comiso de lo que **constituye “los instrumentos, productos o réditos del delito”** a través del añadido a la lista de las medidas cautelares ya previstas por el mencionado artículo 191 del código procesal penal del instituto de **la “incautación”** .

La medida cautelar de la **incautación** está funcionalmente relacionada con “**las penas restrictivas de los derechos de propiedad**”, previstas por el artículo 69, apartado 2, del COIP, es decir el “comiso” que “**recae sobre los bienes cuando estos son instrumentos, producto o réditos en la comisión del delito**”.

El sistema procesal penal italiano prevé tres tipos de secuestro:

- 1) **Secuestro probatorio**, que está relacionado con la exigencia de asegurar los medios de prueba para evitar que desaparezcan el cuerpo del delito y las cosas pertinentes a ello (por ejemplo: arma del delito, droga, botín, es decir el producto de un robo);
- 2) **Secuestro preventivo** que se puede ordenar en dos hipótesis:
  - a) la primera concierne los bienes cuya disponibilidad por parte del investigado/acusado podría agravar las consecuencias del delito o facilitar la persecución de la actividad delictiva a través de la comisión de otros delitos; por ejemplo, una empresa industrial que no cumpla todas las obligaciones para no contaminar el medio ambiente, si la omisión de la medida de prevención constituye delito, puede ser sometida a secuestro preventivo.
  - b) La segunda hipótesis concierne los bienes que por la ley penal pueden ser confiscados en caso de condena (por ejemplo, el precio de una corrupción, la ganancia de una concusión o de una estafa en daño del Estado.
- 3) **Secuestro conservativo**: cuando hay fundado motivo para creer que falten o desaparezcan las garantías para el pago de la pena pecuniaria, de los gastos del procedimiento o de otra suma de dinero debida al Estado el fiscal puede pedir al juez el secuestro conservativo de los bienes muebles e inmuebles del imputado o de las sumas de las cuales él es acreedor.

También la parte civil puede pedir el secuestro conservativo de los bienes del imputado o del responsable civil cuando hay fundada razón para creer que falten o desaparezcan las garantías de las obligaciones civiles procedentes del delito. Parece evidente que la medida cautelar real del secuestro preventivo es funcional a (para?) asegurar, en caso de condena, la adquisición definitiva del bien por parte del Estado a través de la confiscación o comiso.

El sistema penal italiano, además, prevé unos tipos especiales de confiscación:

**a) Las medidas de prevención de carácter patrimonial** (art. 19 del Dels. 159/2011), y en particular para la adopción de las medidas ablativas del secuestro y de la confiscación de los bienes de procedencia ilícita, atribuibles directa o indirectamente a la disponibilidad de los sospechosos de pertenencia a asociaciones mafiosas y equiparables o a asociaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes o de aquellos que -por la conducta y el tenor de vida- deba considerarse que vivan habitualmente, incluso en parte, con los ingresos derivados de actividad delictiva, entre las cuales se encuentra el lavado de activo; este tipo de comiso, que se aplica con el decreto que concluye este procedimiento totalmente judicializado, se puede considerar una forma de “**decomiso sin condena**”, en el sentido de que no es dictado con una sentencia de condena que normalmente concluye el juicio y además está caracterizado por un estándar probatorio inferior.

**b) Confiscación por equivalencia o por un valor equivalente**

Entre las medidas represivas de mayor interés investigativo con la finalidad de la luchar contra el lavado de dinero, es necesario subrayar que junto a la hipótesis de incautación ordinaria, prevista por el art. 240 cp. - **el art. 648, quitar cp.** consiente al juez que se ordene, (en el ámbito de los procedimientos relativos a los delitos de lavado de dinero, entre otros, autolavado de activo, reutilización de dinero y bienes de proveniencia ilícita), la confiscación por “equivalencia” de las sumas de dinero, de los bienes o de otros valores (ventajas – provechos) de los cuales dispone el reo, incluso por persona interpuesta, hasta alcanzar el valor del capital sucio que constituye el producto, el beneficio o el precio del lavado de activo o de la reinversión ilícita.

Se puede recurrir a esta figura jurídica cuando no sea posible proceder a la confiscación así dicha “**directa**” de los bienes que constituyen directamente el beneficio, el producto o el precio del delito.

La característica de tal instituto jurídico consiste en el hecho de que para su aplicación no es necesario demostrar el nexo de pertenencia o derivación directa entre el delito consumado y los bienes de los cuales se dispone la aprehensión.

La ausencia de la relación inmediata entre los bienes y el delito consiente poner de relieve que se está en presencia de una hipótesis ablativa con un acentuado carácter sancionatorio.

Como efecto de dicha figura jurídica pueden ser adquiridas coactivamente por la Autoridad Judicial también los bienes a disposición del reo pese a que no tengan relación con el delito, a condición de que estos últimos estén en su posesión o disponibilidad efectiva y se trate de dinero o de bienes que tengan un valor que corresponda al del precio o al beneficio de la conducta ilícita.

### **c) Confiscación por desproporcionalidad o ampliada**

Otro importante instrumento de contraste contra los patrimonios ilícitos está constituido por la figura jurídica de la **confiscación por “desproporción”**, llamada también “ampliada”, prevista por el art. 240 bis cp.

La norma prevé: *En los casos de condena o de aplicación de la pena pactada por cada uno de los delitos de lavado de activo, autolavado de activo, reutilización de los bienes de proveniencia ilícita, encabezamiento ficticio, corrupción, soborno, extorsión, usura, asociación para delinquir y otros más, está siempre prevista la confiscación del dinero, de los bienes o de los otros valores de los cuales el condenado no pueda justificar la proveniencia y de los cuales, incluso por persona física o jurídica interpuestas, resulta ser titular o tener la disponibilidad de cualquier título de valor desproporcionado a la propia renta, así como indicada en la declaración tributaria/ de la Renta o a la propia actividad económica...*

En los casos previstos por el primer apartado, cuando no es posible proceder a la confiscación del dinero, de los bienes y de otros valores indicados en el mismo apartado, el juez ordena la confiscación de otras sumas de dinero, de bienes y de otros valores de legítima proveniencia por un valor equivalente, de los cuales el reo tiene la disponibilidad, incluso por interpuesta persona (testaferro).

Resumido muy brevemente, la norma prevé 5 requisitos:

1. Precedente condena definitiva por algún presupuesto delito específico;
2. Disponibilidad patrimonial;

3. Valor desproporcionado a la renta del individuo o a la actividad desempeñada;

4. Procedencia no justificada

5. Inversión de la carga de la prueba a cargo del sospechoso, el cual deberá proporcionar la prueba positiva de la proveniencia lícita de los bienes.

Los términos de comparación son el patrimonio (aspecto estático de la riqueza poseída) y renta/actividad económica (aspecto dinámico). Para comprobar la desproporción, es preciso proceder a confrontar la situación patrimonial en un determinado momento del secuestro, teniendo en cuenta la renta consumida, en relación al tenor de vida del individuo en cuestión y su núcleo familiar.

La desproporción se valorará con referencia a la fecha de la adquisición de los bienes y por cada bien mediante la reconstrucción histórica de la renta referida al momento de la compra.

El investigado tiene el derecho de justificar el origen lícito con una inversión de la carga de la prueba y se le solicita la prueba positiva de la proveniencia lícita.

**No se admite la justificación en virtud de la cual el dinero sería fruto de evasión fiscal.**

La conclusión de tal constatación será la compilación del correspondiente prospecto denominado “fuentes de renta/inversiones” por año y por sujeto respecto a cuya confrontación se dispone el secuestro/confiscación.

Se trata de verdaderas fichas económico-patrimoniales elaboradas - como lo pide la ley- en relación a familiares y a los testaferros, en los cuales, en síntesis, por cada año son anotados tanto las entradas (o fuentes) legítimamente declaradas o recibidas (entre ellas las remuneraciones percibidas por el trabajo autónomo/dependiente, la solicitud de hipotecas, financiaciones, los ingresos derivados de eventuales ventas mobiliarias/inmobiliarias, etc. ) tanto las salidas/inversiones en términos de compra (entre las cuales se encuentran los gastos médicos, las de compra de bienes muebles/inmuebles, las relativas a la aportación de capital en personas jurídicas, compañías aseguradoras o bienes suntuarios, por ejemplo gastos de viaje o por estancia en el extranjero etc.).

Se tendrá así una visión real, por cada año, de las eventuales desproporciones entre el tenor de vida del sujeto (y de su núcleo familiar) y las entradas legítimas declaradas. Un paso sucesivo fundamental es la adquisición de las pruebas relativas a la legítima proveniencia, o no, de los recursos económicos y financieros.

### **E) Análisis del estado de la coordinación existente entre las unidades de investigación financiera, unidades policiales y fiscalías. Propuestas de posibles marcos de cooperación entre las distintas instituciones**

A la luz del debate desarrollado en el curso de la sesión plenaria se puede decir que hay que reforzar la colaboración entre la Unidad de Análisis Financiero y Económico y los fiscales encargados de las investigaciones penales, especialmente durante la fase de las diligencias previas desarrolladas por la Fiscalía que tiene que conducir a la identificación de los bienes ilícitos y a la formulación de cargos penales.

La UAFE tiene acceso a la mayor cantidad de bases de datos del país, por lo que sería oportuna la institución de una oficina de enlace o un acceso por parte de Fiscalía y Policía a dichas bases de datos, respetando protocolos y normativa ecuatoriana de reserva de la información.

De hecho, esta oficina de enlace o un sistema de acceso con UAFE permitiría obtener con mayor rapidez y agilidad procesal elementos de conocimiento que en la mayor parte de los casos son muy importantes, para, en su momento, legalizar la información a través de requerimientos oficiales presentados por la Fiscalía a la UAFE.

Se ha comentado que cuando la Policía tenía dos analistas dentro de la UIF (nombre anterior de la UAFE) había más cooperación.

La Unidad de Análisis Financiero y Económico es la única que tiene la información financiera consolidada y recopilada (bancos, notarias, inmuebles etc...), la cual es muy útil para agilizar el proceso de identificación de los bienes ilícitos, mientras que sería deseable una más ágil interlocución interinstitucional, también a través de un acceso directo a los bancos de datos por parte de los otros órganos de investigación (FGE, Policía Nacional).

Actualmente una investigación por lavado de activos normalmente ha demorado unos meses desde el momento de apertura de los casos hasta el desarrollo de una acción operativa.

Entonces hay que mejorar, para que se haga mucho más eficiente, la coordinación operativa e informativa entre Policía Nacional, U.A.F.E y Fiscalía General del Estado.

De hecho, el representante de la Policía Nacional nos comentó que, por ejemplo, si en el curso de una escucha telefónica emerge un transporte de dinero la policía tiene

que preguntar a la Fiscalía y esta, a su vez, allá UAFE si uno o ambos de los interlocutores tienen una cuenta bancaria, en qué instituto bancario y quien es el titular, pero para obtener estas informaciones pueden pasar dos semanas.

Además muchas de estas escuchas se generan en casos de investigación previa antinarcóticos, por lo que los nudos críticos están constituidos por el hecho de que, en este tipo de investigaciones, cuando hay que hacer recurso al “procedimiento directo” que prevé menos de diez días (art. 640 apartado 4 COIP) para investigar e ingresar evidencias para determinar un lavado de activos o enriquecimiento privado, este plazo es demasiado breve e incompatible con la apertura de una investigación previa por lavado de activos.

Falta un convenio de cooperación entre las tres instituciones mencionadas y la UAFE puede proporcionar informaciones solo a la Fiscalía por el sigilo bancario, mientras que en casos de seguridad del Estado puede compartir informaciones con el Centro de Inteligencia Estratégica (CIES).

Durante las fases de investigación o de instrucción fiscal, falta, además, de actualización la información financiera útil al momento de formular cargos en contra de los investigados. Se indicó también que, de vez en cuando, faltaban temas y detalles en los informes ampliados de la Unidad de Análisis Financiero y Económico, preparados a petición del fiscal (por ejemplo, los inmuebles detenidos por los presupuestos implicados).

Además, los fiscales carecen de un acceso directo y facilitado a la información detenida por la Unidad de Análisis Financiero y Económico y/o a su base de datos que contiene toda la información obtenida en el ejercicio de sus competencias.

En conclusión resulta absolutamente necesario no solo una cooperación leal y proactiva entre la Policía Nacional y Judicial, la Unidad de Análisis Financiero y Económico y la Fiscalía, que presupone una efectiva dependencia funcional de la primera respecto a la segunda, sino también interinstitucional, es decir entre todos los actores involucrados en el complejo procedimiento de búsqueda, identificación, individualización, embargo y comiso de bienes de procedencia ilícita, a través de un programa de cooperación y frecuentes reuniones operativas.

Sería oportuno la institución de una estructura central de “coordinación” entre las unidades de la Fiscalía General del Estado que permita una visión unitaria y no aislada de la criminalidad organizada, dejando a cada fiscalía competente por territorio el

desarrollo de las investigaciones, pues que la concentración de todas las investigaciones en materia de lavado de activo, terrorismo y tráfico de estupefacientes en la F.G.E. podría resultar contraproducente si esta oficina no tiene los recursos humanos y la estructura administrativa adecuados para ocuparse de todos los asuntos del país.

Partiendo del diagnóstico de las dificultades de intercambio de la información financiera, se tendría que llevar a cabo una cooperación fortalecida entre la Unidad de Análisis Financiero y Económico y la Fiscalía General del Estado. Su forma podría ser la elaboración de un protocolo operativo de intercambio de informaciones y de mejoramiento de los reportes (ROI) e informes ampliados que se transmiten a los fiscales dentro de una investigación penal. Este acuerdo administrativo podría aclarar la facilitación de los datos disponibles y la manera de acceder a las bases de datos para permitir con facilidad y seguridad jurídica la identificación del patrimonio de las personas físicas o jurídicas sospechadas de haber participado en el delito. Ya que existe un fundamento legal con la Ley de prevención de lavado de activos y del financiamiento de delitos del 2016 cuyo objetivo es fortalecer la coordinación y el intercambio de información (artículo 16), dicho programa de cooperación tendría que ser apoyado y respaldado por las jefaturas de la Unidad de Análisis Financiero y Económico y la Fiscalía General del Estado.

Otra sugerencia es mejorar la colaboración eficaz y la cooperación leal entre los fiscales y las unidades de policía dedicadas a las investigaciones judiciales. Esta coordinación tendría también que fortalecer el carácter secreto y confidencial de investigación paraprocesal.

Sería muy oportuna la organización de cursos de capacitación y formación profesional para fiscales y policía en tema de investigaciones financieras y en particular sobre los métodos de identificación de los bienes procedentes de delito en la perspectiva de aumentar de manera significativa el número, actualmente demasiado exiguo, no sólo de los fiscales especializados en investigaciones antilavado de activo (n.5) sino también de los agentes de la Policía Nacional (n.80) para fortalecer la acción de contaste que, también bajo el perfil de la seguridad e incolumidad personal además de la eficacia, queda a cargo de pocos investigadores.

Una sugerencia sería involucrar en talleres y cursos de capacitación - para la elaboración de una guía profesional técnica dedicada a los fiscales y los agentes

investigadores con el fin de describir los métodos de identificación de los bienes ilícitos y aclarar de manera práctica y completa las herramientas existentes en Ecuador que pueden facilitar la identificación patrimonial (bases de datos, requerimientos judiciales necesarios, acceso facilitado a los datos, etc.) - el Servicio de gestión Inmovilizar del Estado, el Registro nacional de la propiedad así como las Superintendencias de Bancos y de Compañías.

Además, como ya explicado precedentemente, en sus formas más significativas, el lavado de dinero muestra una marcada aptitud para desarrollarse en un contexto internacional.

En un contexto que se caracteriza por una fuerte tendencia a los intercambios internacionales, es muy probable que las investigaciones, sobre todo allí donde se llevan a cabo frente a organizaciones criminales complejas, tengan necesidad de profundizar las relaciones con el extranjero.

Dejando al margen la cooperación judicial, son numerosos los canales y los instrumentos jurídicos transnacionales a través de los cuales se adquieren tales informaciones.

Sería oportuno que también Ecuador, al menos en el marco de América Latina, pudiera contar con canales de cooperación internacional de policía como los que en Europa son ofrecidos por la Interpol y la Europol y además con las ulteriores posibilidades ofrecidas por las redes internacionales como en el caso de la “Financiar Inteligencia Unir”, en relación con la adquisición de información relativa a los flujos financieros sospechosos y la identificación de los activos.

Es de gran importancia, en el ámbito particular del contraste internacional a los bienes adquiridos ilícitamente por la criminalidad organizada, poder contar con una red parecida a la de los “Basset Recovera Office” (AROS).

Se trata de “Office” que tienen la finalidad de completar el intercambio de información entre los Países Miembros UE para obtener la búsqueda - ya en fase de investigación- de los bienes que pueden ser objeto de un procedimiento de congelación, secuestro o confiscación, emanado por la Autoridad Judicial durante un procedimiento penal o civil en curso (de acuerdo con la normativa de la Decisión 2007/845/JAI del Consejo de la Unión Europea en fecha 06/12/2007).

Además, parece carente la asistencia penal internacional por la existencia de graves retrasos, con excepción de Perú, Panamá y Colombia con los cuales Ecuador tiene convenios de cooperación y un plan binacional contra el crimen organizado.

## **F) propuesta de reformas procesales al COIP**

Antes que nada, hay que subrayar que la ausencia de representantes del poder legislativo no ha permitido una confrontación directa sobre el tema de posibles reformas de la legislación penal y procesal penal de Ecuador y, por lo general, del marco normativo en la materia que ha constituido objeto de la asesoría.

Sin embargo la presencia de un asesor de coordinación jurídica de la Asamblea Nacional deja esperar que un informe sobre el contenido de los talleres pueda ser entregado a la competente comisión legislativa de asuntos jurídicos para que a nivel político se acojan y se tomen en consideración las indicaciones procedentes del debate en el curso de la asesoría entre instituciones calificadas y competentes que cada día tienen que enfrentarse con dificultades operativas e ineficiencias, incluso normativas.

A la luz de las dificultades evidenciadas en el marco normativo de Ecuador y analizadas en el párrafo B), sin repetir lo que en el curso del presente documento técnico se ha venido subrayando y sugiriendo en la perspectiva de una posible y deseable racionalización de la acción de contraste a los patrimonios ilícitos a través de la búsqueda, la incautación y el definitivo comiso de los bienes y dinero de procedencia ilícita, se puede ahora muy esquemáticamente proponer unas reformas procesales y por lo general del sistema normativo que regula esta materia, que obviamente no tienen la pretensión de ser resolutorias y tampoco taumatúrgicas.

1) La primera y más urgente reforma es la de la norma constitucional contenida en el art. 77 de la constitución de Ecuador, en el sentido de que, establecida la intangibilidad de los derechos de la defensa del acusado, se podría añadir el inciso **“sin perjuicio por el secreto de las investigaciones de acuerdo con las disposiciones del COIP y del código del proceso penal”**.

La segunda podría ser una diferente, pero unívoca y constante, interpretación de la disposición constitucional que, también en el texto actual, podría ser aplicada de manera más equilibrada, balanceando las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del acusado y las de tutela de la colectividad, eventualmente también a través de una

modificación de las disposiciones procesales en materia de secreto de las investigaciones.

De esta manera se podría evitar una interpretación excesivamente garantista introduciendo la previsión del carácter secreto de la “investigación previa” hasta la formulación de cargos, pero al mismo tiempo parece absolutamente necesario que el fiscal pueda pedir al juez de garantía la emisión de medidas cautelares personales e/o reales antes de que el acusado sepa o sea informado que se está investigando en su contra.

Sigue constituyendo un problema la falta de una interpretación unívoca por parte de los jueces del artículo 490 COIP porque la norma hace referencia al poder del juzgador de “disponer que las técnicas de investigación se mantengan en reserva durante los plazos determinados en este Código”, mientras que, por ejemplo, la “intercepción de las comunicaciones o datos informáticos” (art. 476 COIP) hace parte de las “actuaciones especiales de investigación” con la consecuencia que unos jueces opinan que la disposición que prevé el poder de “mantener en reserva” no pueda aplicarse a esta categoría de “actuaciones” (art. 475-477 COIP) sino solamente a las “técnicas especiales de investigación” (art. 483-489 COIP: operaciones encubiertas – entregas vigiladas o controladas).

2.) Estrechamente conectado con el punto anterior parece la oportunidad, compartida por unos fiscales intervenidos en el debate, de introducir en la legislación de Ecuador, como está previsto en el sistema procesal italiano, una disciplina jurídica distinta entre delitos de criminalidad organizada (narcotráfico, lavado de activo, asesinato etc.) y delitos comunes.

El presupuesto básico de esta disciplina normativa derogatoria es la toma de conciencia que la categoría de la “criminalidad organizada”, y sobre todo la que en Italia se considera de tipo “mafioso”, merece un tratamiento especial porque la pertenencia (la a.d. “afiliación”) a una asociación delictiva de tipo mafioso o terrorista o que se dedica al narcotráfico, el obrar a beneficio de ella o el delinquir valiéndose de sus instrumentos típicos, constituyen conductas que crean una mayor alarma social y se cree que quien es responsable, es portador de una carga de peligrosidad social difícilmente refrenable con medidas diferentes de la cárcel.

En los crímenes relacionados con la criminalidad organizada hay, por lo tanto, una tasa mayor de peligrosidad social que justifica una intervención más eficaz y penetrante y una disciplina distinta, por ejemplo, en materia cautelar.

La introducción en el sistema procesal de una legislación especial - que es cosa diferente de la legislación excepcional – podría ser articulada en la previsión de toda una serie de disposiciones derogatorias con respecto a la disciplina ordinaria ( así dicho sistema de la “doble vía”) que se concretizan, como es lógico que sea, en normas más rígidas cuyos efectos pueden ser así esquemáticamente sintetizados:

- posibilidad de adoptar medidas limitativas de la libertad personal más pesadas en términos de duración de la custodia cautelar, es decir la prisión preventiva, que se justifica con imprescindibles exigencias de tutela de la colectividad, a pesar de la presunción de no culpabilidad del acusado hasta que una sentencia definitiva no haya reconocido su responsabilidad;

- previsión de un nivel probatorio de menor gravedad indiciaria para la adopción de medidas que incidan en el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados (en el sentido que, por ejemplo, son bastantes indicios “suficientes” en vez de “graves” para ordenar intervenciones telefónicas);

- previsión de disposiciones procesales relativas a la fase del debate en el juicio oral, que permiten derogar a la obligación de examinar un testigo o un colaborador de justicia, cuando se presentan ciertas condiciones, para evitar fenómenos como la así llamada usura del testigo y el peligro de contaminación, cuando la audición no sea absolutamente necesaria ;

- previsión de un término más largo de duración de las investigaciones preliminares, de aquel término dentro del que el Fiscal tiene que concluir las investigaciones a pena de no poder utilizar los resultados adquiridos caducado tal término, investigaciones que por su complejidad no pueden ser concluidas dentro del término previsto por la ley o bien dentro de aquél prorrogado por el juez;

- derogación al principio de la obligación del Fiscal de comunicar a la persona sometida a las investigaciones, es decir el acusado o investigado, la existencia de la antedicha investigación a su cargo, con la evidente finalidad de tutelar el secreto de las investigaciones;

- disciplina distinta en tema de valoración acerca de la existencia de las exigencias cautelares que la ley requiere para emitir una medida restrictiva de la libertad personal

o para revocar o modificar las mismas medidas, cuando se procede por algunas categorías de crímenes expresamente previstas.

El régimen distinto sobre indicado no es constitucionalmente ilegítimo en cuanto **conforme a los principios de razonabilidad y balance entre valores y principios constitucionalmente tutelados.**

32

3. Otra sugerencia de una posible intervención legislativa de reforma concierne la oportunidad de **ampliar la previsión normativa del art.69 apartado 2 del COIP en la parte en la cual se limita la aplicación del "comiso por equivalente", en caso de sentencia condenatoria ejecutoriada solo "dentro de procesos penales por lavado de activos, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados".**

De hecho, en este caso, el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, **por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.**

Ahora bien, no hay ninguna razón por no extender esta previsión normativa a todos los delitos y sobre todo a los "CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA" previstos en la Sección Tercera del COIP (**peculado, concusión, enriquecimiento ilícito, cohecho, tráfico de influencias**) en un país donde hay un alto nivel de corrupción dentro la administración pública, así como en muchos países de Europa, como Italia y Francia.

La exclusión de estos graves delitos determina la elevada probabilidad que el producto de una corrupción o de una concusión desaparezca y no pueda ser comisado, y todo eso se resuelve en un inamisible regalo a los servidores públicos infieles.

Además, en la perspectiva de contrarrestar más eficazmente los patrimonios ilícitos, no se puede dudar de la oportunidad de extender la aplicación del "comiso por equivalente" a los delitos tributarios (por ejemplo, evasión fiscal) cometidos con fraude.

Por otro lado, la ganancia que el sujeto agente saca de los delitos tributarios no puede que ser una utilidad económica susceptible de ser blanqueada con la finalidad de obstaculizar la individuación de su procedencia delictiva y sustraerla a la pretensión impositiva del Estado, **a menudo a través del recurso a la falsedad del balance de las sociedades.**

Además existe una estrecha conexión entre la **falsificación de los balances y de los documentos societarios, por un lado, y el fenómeno corruptivo**, por otro lado, que se alimenta por medio de la constitución de” **dinero negro” cuyo destino es precisamente el cohecho.**

33

4. Por lo que concierne el sistema de administración de los bienes decomisados, una ley específica tendría que prever la posibilidad de encomendar gratuitamente, por ejemplo, a cooperativas sociales, sobre todo juveniles, terrenos agrícolas y construcciones rurales confiscadas a las organizaciones criminales para realizar actividades en el sector del turismo rural, zootécnico y de los cultivos biológicos.

A la luz de la experiencia italiana, **es demasiado evidente el sentido simbólico** que a los ojos de la sociedad civil puede adquirir la transformación de una vivienda donde tenían lugar reuniones operativas de los narcotraficantes, ahora convertida en una estructura para el tratamiento y la reintegración de los drogadictos o sea una escuela. Es impresionante el valor pedagógico del mensaje de educación a la legalidad que se puede transmitir a través de la reutilización de dichos bienes para fines sociales, así aumentando la confianza en las instituciones.

**La institución de una agencia nacional de gestión de los bienes incautados**, integrada por funcionarios expertos en la materia, podría resolver los problemas evidenciados por el fiscal coordinador de **la UNIDOT (FGE)** en tema de gestión de bienes inmuebles y muebles de gran tamaño (por ejemplo barcos) y además **empresas comerciales, comisadas porque financiadas con flujos financieros de procedencia ilícita, cuya gestión para asegurar la prosecución de la actividad empresarial y la defensa de los niveles ocupacionales de los trabajadores, requieren administradores profesionales elegidos con rotación entre los inscritos en una lista**

### **Conclusiones**

La lucha contra la criminalidad organizada, el narcotráfico y el lavado de activo, de acuerdo con el Convenio de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional, estipulado en Palermo en el 2000, pero también contra el gravísimo fenómeno de la corrupción, estrechamente vinculada con la notable capacidad de la

delincuencia organizada de infiltrarse en las instituciones, impone la adopción de iniciativas legislativas para mejorar la eficacia de la acción de contraste por parte de la policía y de la magistratura.

Sobre todo es necesaria la introducción en la legislación de Ecuador, como está previsto en el sistema procesal italiano, una disciplina jurídica distinta entre delitos de criminalidad organizada (narcotráfico, lavado de activo, asesinato etc.) y delitos comunes, sacando las consecuencias de la definitiva toma de conciencia que las conductas delictivas atribuibles a la primera crean una mayor alarma social y que quien es responsable, es portador de una carga de peligrosidad social difícilmente refrenable con medidas ordinarias.

Esta tasa mayor de peligrosidad social justifica una intervención más eficaz y penetrante y una disciplina distinta, por ejemplo, en materia cautelar.

Entre las herramientas especiales para contrarrestar más eficazmente el crimen organizado y todas sus actividades delictivas, hay que confirmar la imprescindible necesidad de tutelar el secreto de la actividad de investigación a través de la necesaria modificación de la normativa penal (COIP) y procesal penal, y además, si es necesario, de la norma constitucional (art. 77) que, como ya explicado en el párrafo B), parece obligar la fiscalía a comunicar al acusado, de manera excesivamente adelantada, el inicio de una investigación en su contra.

Al contrario, precisamente la existencia de un preeminente interés público por la tutela de la colectividad justifica un régimen procesal distinto por los procesos de criminalidad organizada, y tal disciplina derogatoria, sobre indicada, no es constitucionalmente ilegítima en cuanto **conforme a los principios de razonabilidad y balance entre valores y principios constitucionalmente tutelados.**

### **Recomendaciones de actuación futura.**

EL PACCTO, a través de la asesoría de junio 2018, ha intentado proporcionar instrumentos de conocimiento de la experiencia europea y, por último, en noviembre, del sistema normativo italiano sobre “investigación de procedimientos de especial complejidad – Gestión de bienes intervenidos del delito”, realizando en los talleres una confrontación clara y sincera acerca de los puntos flacos de la legislación de Ecuador, en la perspectiva de una mejora a la luz de la experiencia italiana a lo largo de unos decenios en la lucha contra el crimen organizado de tipo mafioso.

Ahora, la concreta actuación de las sugerencias y propuestas de fortalecimiento de las instituciones comprometidas contra el crimen organizado y de su acción preventiva y represiva, depende en gran medida de la voluntad política de reformar el sistema penal y procesal penal en el sentido que se ha planteado en este documento técnico.

Por otro lado, la deseable mejora de la cooperación interinstitucional y de la interoperabilidad informática, la institución de un más eficiente y completo sistema de bancos de datos y su accesibilidad por parte de la UAFE, de la FGE y de la Policía, la reforma de la administración, gestión y reinserción social de los bienes decomisados para privilegiar la asignación directa del bien más que subastarlo, constituyen todos objetivos alcanzables en parte a través de medidas normativas secundarias (por ejemplo, reglamentos), y en parte medidas administrativas.

Sobre todo, se necesitaría fortalecer la colaboración entre fiscalía y la Unidad de Análisis Financiero y Económico, a través de un programa de cooperación y frecuentes reuniones operativas.

El resultado general esperado a corto plazo podría ser el establecimiento del marco de cooperación efectiva entre las distintas instituciones encargadas de la investigación de procedimientos de especial complejidad y de gestión de bienes intervenidos del delito.



# EL PAcCT

## EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA

PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

Programa liderado por



Socios coordinadores

