



Crítica y Derecho

Revista Jurídica

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/issue/view/297>

Derecho, pandemia de la COVID-19 y sociedad

El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos

The subjective type in the crime of money laundering

José Luis Terán Suárez

Doctor (Ph.D) en Derecho

Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Ecuador.

E-mail: jostersua@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7020-8857>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v3i4.3537>

Recibido: 2021-09-10/ Revisado: 2021-10-12/ Aceptado: 2021-11-15 / Publicado: 2022-01-01



RESUMEN

En este trabajo se analizan los aspectos relacionados con el tipo subjetivo del delito de lavado de activos y los diversos problemas y cuestionamientos que ha generado su tipificación, tanto en el derecho comparado como en el Código Orgánico Integral Penal. Para dicho análisis, primero será necesario revisar el delito de lavado de activos en general, para así luego abordar especialmente el tipo subjetivo del delito de lavado de activos y las problemáticas que ha generado su tipificación a nivel del derecho comparado y sobre todo a nivel nacional. A partir de este planteamiento, el objetivo es conceptualizar y caracterizar los elementos subjetivos del delito de lavado de activos que no son otros que el dolo y la culpa, así como el error de tipo y la imprudencia. Es un estudio que emplea una metodología cualitativa centrada en la revisión de fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales, que revela la falta de uniformidad de criterios doctrinales sobre la aplicación de estos elementos en el proceso penal, lo cual está generando no sólo incertidumbre, sino que, además, disminuye la expectativa de su utilidad práctica en un caso concreto.

Palabras clave: culpa, dolo, imprudencia, lavado de activos, tipicidad.

ABSTRACT

This work analyzes the aspects related to the subjective type of the crime of money laundering and the different problems and questions that its classification has generated, both in the comparative right and in the Comprehensive Organic Criminal Code. For this analysis, it will be first necessary to review the crime of money laundering in general, in order to then focus especially on the subjective type of the crime of money laundering and the problems that its classification has generated at the level of comparative right and especially at the national level. Based on this approach, the objective is to conceptualize and characterize the subjective elements of the crime of money laundering, which are none other than fraud and guilt, as well as type error and imprudence. It is a study that uses a qualitative methodology focused on the review of legal, doctrinal and jurisprudential sources, which reveals the lack of uniformity of the doctrinal criteria over the application of these elements in the criminal process, which is generating not only uncertainty, but also it reduces the expectation of its practical utility in a specific case.

Keywords: guilt, fraud, imprudence money laundering, typicality.

INTRODUCCIÓN

El lavado de activos ha tenido en los últimos tiempos, una evolución y desarrollo importantes. Su proceso de implementación o realización, ha provocado que las técnicas para su descubrimiento estén a la altura de los mecanismos siempre cambiantes, siempre dinámicos y moldeables, de forma tal que impone a las autoridades e investigadores, el constantemente tener que realizar procesos de actualización a los efectos de identificar las nuevas formas de tipificación del fenómeno.

Teniendo en cuenta ello, la comunidad internacional se ha abocado en implementar políticas globales que se destinen a conseguir resultados concretos en la lucha contra el lavado de activos como parte o fenómeno de la delincuencia transnacional. Diversas convenciones y declaraciones buscan transparentar los procesos a nivel nacional, regional e internacional, principalmente en lo relativo a la

prevención de este delito. Consiguientemente, se han creado organismos internacionales que han posibilitado estructurar de mejor forma las políticas en la lucha contra el blanqueo, lo que ha impactado positivamente en la mayoría de las naciones que, han comenzado a establecer en sus ordenamientos jurídicos nacionales, los preceptos legales que tratan el tema y la creación de organizaciones encargadas de implementar las políticas pertinentes de dicha lucha.

Ecuador, como la mayoría de los países latinoamericanos, se ha visto permeada de estos influjos normativos externos. De esta forma si bien la historia legal penal en el país, no trató propiamente dicho el fenómeno del lavado de activos hasta épocas recientes, desde principios de siglo se preocupó por establecer leyes que establecieran determinadas reglas en torno al consumo, producción, comercialización de sustancias o productos con efectos tóxicos como el opio.

De esta forma el Ecuador logra, ya recientemente, debido a los alcances que estaba teniendo el problema del lavado de activos en el país, y a la ausencia de mecanismos de enfrentamiento al mismo, lo que provocaba una presión internacional que resultó en una normativa primigenia en torno al tratamiento de los comportamientos delictivos vinculados al lavado. Es así como surgen las primeras normas y leyes vinculadas con el tema, que lograron establecer un marco legal necesario, pertinente, más no suficiente, para luchar contra el fenómeno en sí.

No obstante, esta realidad no ha provocado el esperado impacto. Si bien es cierto que actualmente contamos con el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) del año 2014, así como la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos del año 2016, la realidad sobre la eficacia de dichas normas no ha sido la deseada.

Esta investigación, se desarrolla desde una perspectiva teórica sobre las bases del enfoque investigativo teórico, escogido de manera rigurosa. Lo cual, dota de valor científico a los criterios vertidos en el análisis. Ello, tiene concordancia con los planteamientos de Castillo (2021), en lo referente a la validez de las técnicas de recolección de datos.

DESARROLLO

Delimitación conceptual del lavado de activos

El origen del término “lavado de dinero” es relativamente reciente, se remonta a la época del mafioso norteamericano Meyer Lanski, bien conocido en el tiempo de la prohibición. Este delincuente, por aquel entonces creó en Nueva York una cadena de “lavaderos” que servían para blanquear los fondos provenientes de la explotación de casinos ilegales. Bastaba con poner cantidades importantes de efectivo, que recogía de los casinos, dentro de las cajas de su cadena de lavanderías, para que esos fondos ingresaran al círculo bancario.

De esta manera, con las lavanderías y sus máquinas accionadas automáticamente con monedas, era imposible determinar efectivamente quién había accionado la máquina y la cantidad exacta de dinero utilizado en esta transacción. Multiplicado por la cantidad de máquinas, de locales y de personas constituía un esfuerzo de investigación titánico con pocos visos de aclaración (Mallada, 2012, p. 32).

La expresión “lavado de dinero” ha sido utilizada judicialmente por primera vez en 1982, en Estados Unidos, dentro de una operación de blanqueo de dinero obtenido a través del contrabando de cocaína procedente de Colombia (Seoane, 2017, p. 35). De lo expuesto se puede colegir que este delito obedece a una bien orquestada

organización criminal que involucra a una indeterminada cantidad de personas que, consciente o inconscientemente, facilitan el cometimiento de este delito que cobró cada vez más relevancia a partir no solo de la globalización de los mercados financieros, sino también del tráfico internacional de drogas (Nando, 2014, p. 35).

El lavado de activos, denominado también blanqueo de capitales o money laundering, es un término que se caracteriza por el despliegue de una serie de conductas, cuya finalidad, según la Unidad de Análisis Financiero del Gobierno de Chile, es ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control de dinero y/o bienes obtenidos ilegalmente. Implica introducir en la economía activos de procedencia ilícita, dándoles apariencia de legalidad al valerse de actividades lícitas, lo que permite a delincuentes y organizaciones criminales disfrazar el origen ilegal de su producto, sin poner en peligro su fuente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del COIP, comete el delito de lavado de activos la persona que directa o indirecta, tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierte o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito; oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito; 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 ese artículo; organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en ese artículo; organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en ese artículo; 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; ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país.

En suma, el lavado de activos es un delito considerado como autónomo, que consiste en dar una apariencia de legalidad a recursos de origen ilícito y que se sanciona con penas privativas de libertad de uno a tres años cuando el monto de los activos sea inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general; de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir; de siete a diez años, en los casos señalados en el numeral 2 del segundo apartado del artículo 317 del COIP; y, de diez a trece años, en los casos previstos en el numeral 3 del segundo apartado del artículo 317 *ibídem*. En este último presupuesto, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso.

El tipo subjetivo del delito de lavado de activos

El tipo subjetivo constituye uno de los elementos estructurales del delito y como tal, merece toda la atención de la doctrina y jurisprudencia; éste hace referencia a la voluntad del individuo que comete la infracción, y que tiene como finalidad la obtención concreta de un resultado para los comportamientos dolosos de resultado, o aquellos que persiguen la mera realización de un injusto, para los casos de delitos imprudentes o los ilícitos penales de mera actividad. Estas cuestiones pertenecen al mundo psíquico del individuo, de forma tal que, aunque no se pueden observar o sentir con los sentidos, si son perceptibles y calificables (Mir Puig, 2015, p. 212).

Es así como se puede concebir el tipo subjetivo del delito como la conjunción de circunstancias, condiciones y procesos que están directamente vinculados con la ejecución de un hecho delictivo, y que tiene como iniciación al sujeto comisario, produciéndose al interior de su persona, en su conciencia, cuestión que delimita la dirección de su comportamiento, el objetivo y finalidad de la misma y la intención o no

de provocar uno u otro resultado. Se trata de un proceso que puede tener lugar en la psiquis del individuo con anterioridad o durante la realización de una conducta que ha sido penada por la legislación y que posee determinada estructura.

La presencia de los elementos subjetivos permite diferenciar o comprender la estructura de un determinado tipo de delito, como por ejemplo el lavado de activos que principalmente se constituye por el ocultamiento o disimulo de los bienes de origen ilícito. Como elementos subjetivos del tipo penal del lavado de activos podemos referirnos al actuar doloso o culposo, a los elementos normativos del tipo penal, y a otras intenciones o finalidades del sujeto. De forma tal que, el elemento subjetivo contenido en la voluntad que rige la acción, tiene lugar en el ámbito de la psiquis del individuo, y por ende su complejidad es extrema e integral.

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano recoge claramente la distinción entre dolo e imprudencia (tradicionalmente llamada "culpa"); así, el artículo 26 establece: "Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena. Por su parte, el artículo 27 prescribe: Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código"; y, el artículo 28 *ibídem*, señala que "La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico".

Como puede advertirse, nuestro sistema penal equipara la imprudencia a la culpa, por lo que en el presente estudio utilizaremos indistintamente los dos conceptos, siendo además estas fuentes de imputación subjetiva las únicas sobre las que puede basarse una responsabilidad penal, de ahí que hayan sido acogidas como uno de los principios básicos del moderno Derecho penal constituyendo el llamado "principio de culpabilidad", que en sí mismo nada tiene que ver con la culpabilidad como categoría específica del delito.

Dicho esto, a continuación, estudiaremos por separado el tipo de injusto del delito doloso y el tipo de injusto del delito imprudente en el delito de lavado de activos.

El dolo en el delito de lavado de activos

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, parece ser que en un primer momento ofrece un dolo directo, por cuanto en su artículo 3 de los delitos y sanciones expresa que las partes integrantes de la convención adoptarán las medidas pertinentes cuya finalidad sea la de tipificar como delitos penales aquellos comportamientos que se cometan "intencionalmente", lo que supone un conocimiento objetivo y concreto del individuo que participe en este tipo de actos, de la acción que realiza y el resultado lesivo.

Teniendo en cuenta este primer pronunciamiento, queda claro que, en principio, el elemento volitivo directo constituye el aspecto subjetivo esencial que deberá regir el pronunciamiento legislativo penal en los ordenamientos jurídicos nacionales, de los países firmantes del convenio.

En el propio artículo 3, de la citada Convención, se establece que los actos que tipifican el delito de lavado de activos, especialmente en los comportamientos de

conversión o transferencia, así como de ocultación o encubrimiento, deben realizar “a sabiendas” de que los bienes que están sometiendo al procedimiento de lavado, son de origen ilícito o por lo menos de dudosa procedencia. En este sentido queda claro que, según lo que dispone la Convención, los sujetos que participen en estos actos, para calificar dentro de la figura de lavado de activos, tienen que conocer el origen ilícito de los bienes a su haber para realizar las acciones descritas.

Un importante apartado lo constituye el párrafo 3.45, en que se ratifica que el sujeto que comete los hechos penados, debe conocer que el bien que se encuentra en su posesión, o los activos de que dispone para realizar cualquiera de las acciones establecidas, se derivan de la comisión de algún comportamiento delictivo anterior. En este sentido queda claro en los comentarios que, este sujeto no necesita conocer cuál fue el delito cometido, ni a los efectos de la punibilidad, determinar el conocimiento que poseía el sujeto sobre el hecho delictivo previo que originó la necesidad de lavar los activos derivados del mismo, bastante para que se configure el tipo, el conocimiento, ese sí, del origen ilícito de los mismos, lo que indudablemente resulta de las circunstancias y condiciones de la actividad misma.

Otro instrumento jurídico internacional de gran valor, del que pudieran extraerse consideraciones pertinentes en torno al tipo subjetivo de este delito, lo constituye la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos del año 2000. Esta normativa, en su artículo 5, ratifica el elemento intencional en la configuración de las conductas delictivas establecidas en el mismo, reproduciendo caso exactamente el pronunciamiento que realizó en su momento la Convención de Viena. Pero es en su artículo 6 referido a la penalización del blanqueo del producto del delito, donde se pronuncia con mayor fuerza sobre el elemento subjetivo de este delito. En este precepto se hace notar la necesidad de considerar la intencionalidad del sujeto en los actos de conversión o transferencia, así como de ocultación o disimulación.

Sobre este aspecto, la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, establece que, con relación a este aspecto de la intención, debe estar presente al momento de los actos de conversión o transferencia, pues el individuo debe conocer la ilegítima procedencia de dichos activos y, aun así, proceder con los comportamientos descritos. Sobre este aspecto, nuevamente esta normativa deja claro que dicha intencionalidad deberá estar dirigida a ocultar o disimular el origen contrario a la ley de los activos que se pretenden convertir o transferir; o colaborar con un individuo para que logre evadir el impacto del derecho por el delito que generó la obtención de dichos bienes.

Importante es tener en cuenta las 40 Recomendaciones del GAFI, la que en su Recomendación 3, referida al delito de lavado de activos, en su numeral 7 se refiere al hecho de que los países deberán asegurar que “(a) la intención y el conocimiento requerido para probar el delito de lavado de activos se puedan inferir a partir de circunstancias objetivas del hecho”. En este sentido, queda claro que el dolo es un componente esencial en la manifestación del delito, pues como bien expone esta recomendación, la restructuración del elemento cognitivo y el animus, delimitan el campo de acción del injusto y dirigen el comportamiento del individuo.

En el derecho comparado, las legislaciones igualmente han adoptado una y otras posturas. Para la tipificación de este delito en el Código Penal argentino, se ha delimitado como forma expresa el dolo directo, no admitiéndose la culpa (art. 303)961. Igual pronunciamiento realiza el Código Penal de Bolivia, quien delimita la realización de las conductas típicas con el objetivo concreto descrito en la norma (art. 185 bis);

el Código Penal de Colombia, el que igualmente establece las acciones y la finalidad (art. 323); el dolo directo se considera en la legislación salvadoreña, al establecer los elementos de intencionalidad y conocimiento en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos (arts. 4 y 5). Similar alusión realiza la Ley Especial contra el Lavado de Activos de Honduras, la que igualmente determina los dos componentes integrantes del dolo (art. 36).

En sentido general, en torno al elemento subjetivo del delito de lavado de activos, existen diferentes posturas. La mayoría es del criterio que, el elemento doloso siempre debe estar presente, porque el conocimiento y la intención deben dirigir el comportamiento del individuo en el cometimiento del injusto, lo que determinaría indudablemente la culpabilidad. Sin el elemento cognitivo y volitivo, no es posible determinar la culpabilidad, por lo que considerar que puede materializarse el lavado en ausencia de al menos uno de ellos, provocaría una ruptura con el principio de culpabilidad (Torío, 1993, citado por Blanco, I., p. 653).

En este sentido, para un amplio sector de la doctrina, tanto el conocimiento como la voluntad, son componentes esenciales de dolo y por ende del injusto, pues son imprescindibles para que el individuo agote con su comportamiento los elementos objetivos que presupone el tipo. Pero, no obstante, ello, existe otra parte de la doctrina que considera que en el delito que se analiza no necesariamente para que se materialice debe estructurarse el dolo con sus dos componentes, especialmente en cuanto a la intencionalidad, sino que basta con el elemento cognitivo para que pueda considerarse perfeccionado el injusto.

Desde nuestra consideración, en el delito de lavado de activos para que se configure las conductas pueden ser diversas las estructuraciones del tipo subjetivo. Ciertamente la manifestación plena del conocimiento y la intención, presuponen el dolo fundamental, directo, en el que no se admite ningún tipo de discusión, pues el sujeto conocía y quiso, el resultado de convertir los ilícitos activos, en bienes, dineros legítimos. No obstante, desde nuestra percepción, la dificultad estriba cuando se ausenta alguno de los dos. Es pertinente considerar que en esta figura delictiva no hay intencionalidad sin el elemento cognitivo. En otras palabras, para que puede existir un dolo perfeccionado tiene que manifestarse tanto el elemento cognitivo como intencional.

Entonces cabe destacar que en el delito de lavado de activos, aunque ciertamente el dolo directo es la figura subjetiva preponderante, no se pueden descartar que, si bien se satisface el elemento objetivo que delimita el comportamiento descrito en una norma, el sujeto no posea el conocimiento, o la intención directa de provocar el resultado, debido al desconocimiento de los que hace, o mediante la existencia de errores en la voluntad o el conocimiento que provoquen una afectación, sobre el injusto penal.

El dolo en el lavado de activos exige el conocimiento y la voluntad de ejecución de todos los elementos objetivos del tipo, entre estos, (i) la existencia de una actividad típica y antijurídica previa, así como que (ii) el bien tiene su origen ilícito en ésta y es el objeto material sobre el que recae el lavado de activos, a estos se suma el conocimiento de las acciones que ejecuta con el activo de origen ilícito, esto según Blanco (2011) es, “la percepción que debe tener el autor acerca de las consecuencias posibles de su conducta y la voluntad de llevarla a cabo (dolo en relación a la acción típica)” (p. 218). Es evidente que el sujeto actuante debe conocer que ha existido un “delito” previo del que se origina el activo y esto exige la formulación de un juicio de valor, pues, a la calificación no se llega sino sobre la base de hechos que se confrontan con tipos penales.

Es decir, el dolo debe abarcar el conocimiento de la realización del delito previo y la ilícita procedencia del bien. Estos hechos o circunstancias fácticas deben ser consecutivos de conductas que puedan ser valoradas como típicas y antijurídicas.

Entonces, el sujeto activo del delito actúa dolosamente cuando conoce lo que hace y quiere realizar dicha conducta (elementos: intelectual y volitivo). Por lo tanto, el sujeto activo es consciente de la realización de los elementos del tipo objetivo, y además tiene voluntad de cometer las acciones típicas, sin que fuere necesaria la existencia de un ánimo de lucro. Un dolo que debe existir durante la realización de la conducta, es decir, durante su ejecución; por lo que no se ha de admitir dentro del ámbito de aplicación del delito un dolo anterior –dolo antecedents- o un dolo posterior –dolo subsequens-.

Además, se trata de una conducta que deberá ser probada, para lo cual nuestros tribunales se han visto obligados a recurrir a la prueba por indicios, ya que normalmente no existirá una prueba directa de la existencia de un conocimiento del origen ilícito de los bienes por parte del sujeto (Seoane, 2017, p. 123). Con esta formulación se deja en claro, como requisito indispensable, que el sujeto conozca la procedencia de los bienes, es decir, debe conocer que éstos tienen su origen en una actividad delictiva previa; por ende, las conductas de lavado de activos meramente imprudentes no serían punibles, mientras que las conductas dolosas eventuales, por el contrario, sí lo podrían ser.

En definitiva, el delito de lavado de activos es doloso, no admite la culpa, pues es un delito de intención orientado subjetivamente hacia un fin concreto. El delito de lavado de activos se consuma cuando se ejecutan las acciones típicas sobre los bienes de origen ilícito con aptitud suficiente para que se produzca como resultado la posibilidad de que éstos adquieran apariencia de origen lícito.

Sobre el tema, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que en el delito de lavado de activos es admisible el dolo directo, lo que no ocurre con el dolo eventual. Entre los que admiten solo el dolo directo se puede mencionar a Buompadre (2004) y a Donna (2000). El primero manifestaba: “Se trata de un tipo subjetivamente configurado que requiere no sólo el conocimiento por parte del autor de que los bienes tienen un origen delictivo y la voluntad de realizar la conducta típica, sino que tales comportamientos deben estar guiados por una finalidad específica: que el dinero o los bienes adquieran una apariencia de legalidad” (p. 287). Donna, por su parte, estima que “el autor debe saber el origen de los bienes –que proviene de un delito- y, además, tiene que tener por fin que los bienes, el dinero, adquieran la apariencia de tener un origen lícito, con lo cual se exige el dolo directo” (p. 541).

Contrario a lo expuesto, consideramos que en muchos casos al “lavadero” le resultará indiferente si la operación le servirá al delincuente para darle a sus bienes apariencia lícita, o no, por tanto, en este sentido no actuaría con dolo directo (con intención); pero sí sabrá que puede ser que, como consecuencia de la operación, los bienes ilícitos adquieran un carácter aparentemente puro.

El error de tipo en el delito de lavado de activos

Por error de tipo se entiende a toda representación falsa (déficit del conocimiento) o falta de representación (ignorancia) respecto de los elementos que constituyen la faz objetiva del tipo delictivo. Por esta razón, el error de tipo puede recaer tanto respecto de los elementos descriptivos como normativos del tipo objetivo. En cuanto a su contenido, el error de tipo puede consistir tanto en una representación falsa como en la falta de una representación, pues error es, en términos generales, la discrepancia entre conciencia y realidad (Callegari, 2009, p. 224).

Por lo tanto, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo, es decir la falsa percepción de la realidad o la ignorancia sobre la misma es considerado como un error. Por eso se llama error de tipo. El error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva o normativa. Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo (Muñoz, 2010, p. 275).

Por lo tanto, el error de tipo 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 identificar la teoría del error de tipo. Para Welzel (1965) “cuando el autor ignora o yerra por conocimiento equivocado de un elemento objetivo del tipo desaparece el dolo y hay ausencia de tipicidad” (p. 82).

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 (Zambrano Pasquel, 1984, pp. 445,446).

En el caso ecuatoriano, el error de tipo se encuentra expresamente señalado en el artículo 28.1 del COIP, al decir “No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal. Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe. El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces.” De esta forma, el error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye el dolo y, todo lo más, cuando sea vencible, deja subsistente una posible responsabilidad a título de imprudencia, cuando esté especialmente prevista esta forma de realización del tipo.

En términos generales, el tratamiento que ha de recibir el error de tipo en el delito de lavado de activos, coincide en todas las concepciones doctrinarias en materia de error. De allí que, también en el delito de lavado de activos cuando el error de tipo es invencible, no cabe imponer pena alguna. Si es vencible, se impondrá la sanción por imprudencia en la medida en que el delito cometido admita la forma culposa, situación que no está prevista en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. En el caso ecuatoriano, los efectos diversos que se derivan de una u otra forma de error, carecen de relevancia. Ello así por cuanto, nuestro legislador ha previsto la figura del lavado sólo bajo la modalidad de imputación objetiva dolosa. Por esta razón, aun cuando el error fuese vencible la conducta deberá quedar impune.

Posibilidad del dolo eventual en el delito de lavado de activos

Según Fabián Caparrós (1998), la doctrina se encuentra dividida a la hora de aceptar la posibilidad de que las conductas típicas del blanqueo de capitales se puedan cometer a título de dolo eventual, sin embargo el autor considera que respecto de la conducta, nada parece impedir la aceptación de su existencia, lo que no ocurre respecto del objeto del delito, sobre lo cual las dudas surgen toda vez que el propio tipo exige que el sujeto actúe sobre los bienes “sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave” (p. 397).

El dolo eventual se da cuando el sujeto considera posible y aprueba la realización del tipo, la considera probable o la afronta con indiferencia.

Cruz Ponce (2017) coincide con Fabián Caparrós, en que a pesar de las posibles interpretaciones de la forma en que se encuentra estructurado el elemento subjetivo, la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que para que se tenga por configurada la conducta prohibida basta con la existencia de dolo eventual (pp. 332, 333), tesis que es compartida en el presente estudio. Al respecto, es importante tener presente que la figura del dolo eventual no requiere certeza o conocimiento acabado de la procedencia delictiva de los bienes, y que tampoco se exige que el autor tenga el propósito explícito de dotar de apariencia de legalidad a los bienes. Lo que resulta relevante es que, en función de las conductas desplegadas por el sujeto activo, exista la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito.

En Ecuador, la jurisprudencia aún no se ha pronunciado al respecto, sin embargo, considero que la admisión del dolo eventual como elemento subjetivo del lavado de activos si es posible, por lo tanto, comparto la postura de la doctrina mayoritaria en cuanto sostiene que el autor puede actuar con dolo directo o con dolo eventual, más no de forma imprudente.

El dolo en el delito de lavado de activos tipificado en el artículo 317 del COIP

El delito previsto en el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal es doloso, de tal forma que el sujeto activo ha de conocer los elementos objetivos del tipo penal y querer su realización.

En torno al dolo, la normativa penal ecuatoriana únicamente admite el dolo directo, porque exige que el individuo posea conocimiento de la ilicitud de su conducta y desee dirigirla para obtener el resultado lesivo. Es decir, se trata de un dolo específico y directo en cuanto la actuación consciente y voluntaria se ajusta al resultado buscado (Vaca, 2004, p. 63).

El asambleísta ecuatoriano prescindió de cualquier referencia a las expresiones –comunes en el ordenamiento internacional– “a sabiendas”, o “intencionalmente”, cuyo uso es considerado innecesario por algunos autores, en tanto equivaldrían al dolo mismo. Sin embargo, un sector de la doctrina disiente de esta afirmación, señalando que su indicación expresa es relevante, puesto que excluye el dolo eventual (Roxin, 2006, p. 415). A propósito de esto último, en Ecuador no parece haber problema para admitir la imputación de ciertas hipótesis de lavado de activos a título de dolo eventual, siempre que la realización de la infracción penal haya sido prevista como probable por el autor y su no producción se librara al azar.

Hay dolo directo cuando el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico. Obra con dolo eventual quien, habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso hipotético de que se realice. De acuerdo al artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos, se puede identificar que el elemento subjetivo es netamente doloso, lo que presupone que el agente actúa siempre con conocimiento e intencionalidad, por lo que, en base a ello, el individuo debe conocer la prohibición de su actuar y no obstante realizar porque desea lograr el resultado y con ello, provocar el daño. En consecuencia, el resultado que se produzca por una actuación culposa debido a que se infrinja el deber objetivo de cuidado no podría originar responsabilidades penales por falta de tipo penal.

Lo verdaderamente interesante es que, en la configuración del delito de lavado de activos previsto en la legislación nacional, no emplea término que aluda al

conocimiento como sí acontece en otras legislaciones como la argentina, donde se establecen delimitaciones gramaticales como “a sabiendas”, “sabiendo”, que en su conjunto hacen referencia a la necesidad del conocimiento.

En las conductas delimitadas en el artículo 317 del COIP, queda claro que, se podría admitir el dolo eventual por cuanto el individuo, aunque al agotar la conducta típica en modalidades como tener, adquirir, poseer, utilizar, mantener, entregar, el único elemento subjetivo que exige es el que impone el elemento objetivo, sin clarificar lo relacionado al conocimiento efectivo de la ilicitud ni el destino final. La mera tenencia, adquisición, posesión, utilización, transporte, constituyen conductas típicas que no necesariamente implican un conocimiento de que, los activos sobre los que ejecuta la acción, proceden de actos ilícitos y cuya finalidad es convertirlos en legítimos. Es incluso prudente considerar que en muchas situaciones estas acciones ni siquiera son delitos dolosos, por cuanto personas pueden estar realizando estas acciones, y no poseer ni el conocimiento ni la intención de que, se originaron en un injusto y el comportamiento que realizan es para ingresarlos de forma legal a la economía. Teniendo en cuenta ello, ni siquiera calificaría como culpa, porque cualquier persona no posee ese “deber objetivo de cuidado”.

Otras conductas delimitadas claramente se exige un conocimiento o intención, al menos una de ambas, y son el caso del individuo que transfiere, administra, utiliza, mantiene, resguarde, convierta, se beneficie, oculte y las demás conductas típicas establecidas en el artículo 317 del COIP. En estos, indudablemente el sujeto comisario debe tener conocimiento no solo de la ilegítima procedencia de los activos, sino de que, la acción que realiza, es para aportar al bien, un status de legitimidad. Teniendo en cuenta lo hasta aquí planteado, queda claro que el delito de lavado de activos establecidos en el artículo 317 del COIP, se produce esencialmente mediante el dolo directo, elemento fundamental que establece la citada normativa como elemento subjetivo del injusto. No obstante, queda evidenciado que muchos comportamientos de los descritos en la figura, admiten el dolo eventual, dependiendo ello de la configuración particular de cada hecho, siendo necesario expresar de forma más contundente, los elementos que permitan delimitar este elemento en la realidad normativa ecuatoriana.

La imprudencia en el delito de lavado de activos

La mayoría de los Estados configuran los supuestos de lavado de activos procedentes de actividades delictivas como un delito eminentemente doloso. No obstante, en los últimos años ha aumentado el número de legislaciones penales que han añadido el tipo imprudente para reprimir el lavado de activos. Las Convenciones de Viena (1988), Palermo (2000) y Mérida (2003) no se pronuncian al respecto, sin embargo, en ellas se establece una cláusula abierta según la cual los Estados quedan autorizados a adoptar medidas complementarias más severas a las establecidas, como podría ser la tipificación del blanqueo imprudente, en el caso de que se consideren necesarias para cumplir con los fines establecidos en cada instrumento.

Sin embargo, las Recomendaciones del GAFI (Recomendación 6) facultan a los Estados partes a sancionar el blanqueo imprudente. En el marco de la OEA, a través del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos, aprobado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), en el artículo 2 define los delitos de blanqueo en sus tres primeros párrafos, previendo la tipificación de las conductas allí previstas cuando se cometen con dolo directo (“a sabiendas”) y dolo eventual (“ignorancia intencional”), pero también con imprudencia (“debiendo saber”), si bien sólo refiriéndola a la procedencia delictiva de los bienes.

Por lo tanto, en el marco internacional, no se impone la obligación a los Estados de que tipifiquen la conducta imprudente, pues dicha posibilidad es una cuestión interna. No obstante, ello, debo mencionar que la tendencia actual es criminalizar la comisión imprudente de todas las modalidades de lavado de activos. En estos casos, la modalidad culposa del lavado omisivo se sustenta en el simple incumplimiento del mandato legal por un obrar imprudente o sin la diligencia esperada.

En los países donde se admite la posibilidad de una responsabilidad a título de culpa han acudido a expresiones como “imprudencia grave”, “o lo hubiera sospechado”, “negligencia o ignorancia inexcusable”, entre otros, para soportar la modalidad culposa del lavado de activos. En Ecuador la modalidad culposa solo puede ser tenida en cuenta cuando el legislador expresamente la hubiera previsto y, tratándose de lavado de activos, al menos en nuestro país, ello no ocurre.

Con esta formulación se deja en claro que las conductas de lavado de activos meramente imprudentes no son punibles de acuerdo con el artículo 27 del COIP.

CONCLUSIONES

Se ha comprobado que el lavado de activos, como proceso de conversión, transferencia, comercialización o de cualquier forma de realización de un acto cuya finalidad sea la de ocultar o disimular el verdadero origen ilícito de dineros, bienes, recursos o cualquier otro activo patrimonial, ha tenido un reciente tratamiento legal en el Ecuador.

Tanto la Ley para Reprimir el Lavado de Activos del año 2005 como la del 2016, se refieren mayormente a los procedimientos y mecanismos institucionales a implementar para prevenir este fenómeno, así como lo referido a las instituciones de control y supervisión y su funcionamiento. De esta forma, es el COIP el que incorpora el lavado de activos como delito autónomo y, desde este ámbito, es el que establece las penalidades y comportamientos que no deben ejecutarse.

En torno al elemento subjetivo del delito de lavado de activos, la amplia mayoría de las legislaciones admiten como elemento esencial el dolo, aceptándose de forma alterna, en determinados comportamientos, la culpabilidad. Esta realidad posibilita que se agoten los comportamientos típicos de esta figura no solamente por medio del querer y conocer, sino que, ante la ausencia de uno de ellos, también pueda configurarse el lavado de activos.

No obstante, desde nuestra consideración, es pertinente que en el delito de lavado de activos se manifieste como mínimo la intencionalidad, resultando que cuando solamente se manifiesta esta parte del elemento subjetivo, es suficiente como para imputar la autoría o complicidad del delito. Al contrario, cuando el sujeto posee el conocimiento, pero no la intención de cometer el delito, debe evaluarse su imputación.

El delito de lavado de activos reconocido en el COIP, admite el dolo directo como un elemento imperante desde el ámbito subjetivo, lo que impide que esta figura delictiva pueda ser conocida desde la óptica del dolo eventual o la culpa. De esta forma es pertinente considerar la posibilidad de que, en la estructuración de la narración del delito en sí, tener presente el hecho de que otros elementos subjetivos pueden imperar en la tipificación del injusto, a los efectos de brindar mayor protección a la realización de conductas vinculadas y que tengan como móvil un comportamiento que resulte del dolo eventual, la culpabilidad, la negligencia o imprudencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blanco, H. (2011). *Lavado de activos por Sujetos Obligados*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Blanco, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales, tercera edición*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- Buompadre, J. (2004). *Lavado de Dinero*. En Juan Pablo Carrera y Humberto Vásquez (dirs.): *Derecho Penal de los negocios*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Castillo-Bustos, M. R. (2021). Técnicas e instrumentos para recoger datos del hecho social educativo. *Retos de la Ciencia*. 5(10), pp.50-61. <https://doi.org/10.53877/rc.5.10.20210101.05>
- Cruz, J. (2017). *Simetrías y contrastes: El delito de lavado de activos en Argentina y Perú*. En Juan Elías Carrión Díaz / Carlos Viveiros (Coordinadores). *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal (T. I.)*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Donna, E. (2000). *Derecho Penal. Parte General Tomo III*. Buenos Aires: Editorial Rubilzal - Culzoni.
- Fabián Caparrós. E. (1998). *El delito de Blanqueo de Capitales*. Madrid: Editorial Colex.
- Mallada, C. (2012). *Blanqueo de Capitales y Evasión Fiscal (Primera Edición)*. Valladolid: Editora LEX NOVA, S.A.U.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General (décima edición)*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, revisada y puesta al día*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Nando, V. (2014). *El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico*. México: Editorial Trillas.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Navarra: Thomson, Civitas.
- Seoane, A. (2017). *El delito de blanqueo de dinero: Historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Torío, A. (1993). *Estudio crítico del principio "ninguna pena sin culpabilidad"*. Valladolid: Editorial Aranzadi S.A.
- Vaca, R. (2004). *El delito de lavado de activos en Ecuador*. Guayaquil: Editora Edino.
- Welzel, H. (1965). *El nuevo sistema de Derecho Penal, (Una introducción a la doctrina de la acción finalista)*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- Zambrano Pasquel, A. (1984). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos del Derecho penal y teoría del delito*. Guayaquil: Editorial Graba.
- Zambrano Pasquel, A. (2010). *Lavado de activos. Aproximaciones desde la Imputación objetiva y la Autoría mediata*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.