

Consideraciones generales sobre el AED, el Legal Design Thinking y el lavado de activos en el Ecuador

Rubén Méndez-Reátegui^{1, a, b, c}  & Werner W. Betancourt Pinto^c

^a Pontificia Universidad Católica del Ecuador, ^b Universidad Tecnológica del Perú y ^c GIDE
PUCE Ecuador

Recibido: 10/11/2020

Aceptado: 11/03/2021

Publicado: 01/07/2021

Citar como:

Méndez-Reátegui, R. & Betancourt Pinto, W. (2021). Consideraciones generales sobre el AED, el Legal Design Thinking y el lavado de activos en el Ecuador. *Veritas & Research*, 3(1), 38-49.

Resumen

Este aporte recurre al Análisis Económico del Derecho (AED) como herramienta jurídica. Presenta una aplicación teórico-conceptual a partir del estudio del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Se asume como hipótesis que la estructura del artículo 317 del COIP, conlleva un efecto de disuasión socialmente adecuado, incidiendo como ‘represor’ en la materialización de conducta criminal de los individuos. Es decir, la formulación técnica del artículo en mención resultaría la adecuada para disuadir de cometer el delito de lavado de activos. En orden de formular esta apreciación se recurre a la formulación básica del *legal design thinking*. Finalmente, se propone como objetivo principal, en conjunción complementaria con algunas ideas provenientes del *análisis de calidad y de mejora regulatoria*, desarrollar una argumentación a favor de la estructura del artículo 317 del COIP.

Palabras Clave: *derecho público, derecho penal, crimen, sanción penal, lavado de activos*

General considerations on AED, Legal Design Thinking and money laundering in Ecuador

Abstract

This contribution introduces the Economic Analysis of Law (AED) as a legal tool. It presents a theoretical-conceptual application based on the study of article 317 of the COIP. The authors assume as a hypothesis that the structure of article 317 of the COIP carries a socially adequate deterrent effect, acting as a ‘constrain’ in the materialization of criminal behaviour by individuals. That is, the technical formulation of the article in question would be adequate to dissuade committing the crime of *money laundering*. For developing this a priori, it is used the basic formulation of *legal design*

¹ Contacto: rcmendez@puce.edu.ec. Participante del Programa de Posdoctorado América Latina en el Orden Global del Colegio de América Sede Latinoamericana - Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Candidato a Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad de Salamanca; España.

thinking. Finally, as the main objective, the text proposes together with some ideas from the analysis of Regulatory Improvement, an argument supporting the structure of article 317 of the COIP.

Keywords: public law, criminal law, crime, punishment, money laundering.

Considerações gerais sobre AED, Legal Design Thinking e lavagem de dinheiro no Equador

Resumo

Esta contribuição utiliza a Análise Econômica do Direito (AED) como ferramenta jurídica. Apresenta uma aplicação teórico-conceitual baseada no estudo do artigo 317 do Código Penal Orgânico Integral (COIP). Assume-se como hipótese que a estrutura do artigo 317 do COIP acarreta um efeito dissuasor socialmente adequado, atuando como um ‘repressor’ na materialização de condutas criminosas de indivíduos. Ou seja, a formulação técnica do artigo em questão seria adequada para coibir o crime de lavagem de dinheiro. Para formular essa avaliação, é usada a formulação básica do pensamento de design jurídico. Por fim, propõe-se como objetivo principal, em articulação com algumas ideias oriundas da análise da qualidade e da melhoria regulatória, desenvolver um argumento a favor da estrutura do artigo 317.º do COIP.

Palavras-chave: *direito público, direito penal, crime, sanção criminal, lavagem de dinheiro*

Introducción

Este texto nace de nuestro interés por el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), sus conceptualizaciones afines (Hylton, 2019) y su utilidad como herramienta jurídica diseñada a partir del estudio de la eficiencia del sistema jurídico y sus aspectos funcionales (Montani, 2014). Como punto de partida, se presenta una aplicación teórico-conceptual a partir del estudio del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) (Asamblea Nacional del Ecuador [ANE], 2014). Este ha sido seleccionado ‘aleatoriamente’ como pudo ser escogida cualquier otra *regla formal* (artículo, norma, ley o reglamento) del *marco institucional*. Por aleatorio entenderemos que la aplicación de los postulados de un modelo de maximización estándar brindaría, cualquiera sea el ejercicio hipotético introducido, como epílogo la verificación de una tendencia a manifestar una *conducta económica racional* por parte de individuos u agentes en su actuar en sociedad.

Tomando en consideración lo expuesto, asumiremos como hipótesis de trabajo que: A partir del AED tradicional y en un entorno *ceteri paribus* donde el nivel de ‘enforcement y/o cumplimiento legal’ es satisfactorio, la estructura del artículo 317 del COIP,

conlleva un efecto de disuasión socialmente adecuado, incidiendo como ‘repressor’ en la materialización de conducta criminal de los individuos (potenciales infractores, ofensores y/o delincuentes). Es decir, la formulación técnica del artículo en mención resultaría la adecuada para disuadir de cometer el delito de lavado de activos (Hylton, 2018). Como *a priori* se ha considerado: a) el efecto positivo de la pena o sanción concebida en la norma; y b) la percepción que tendrían los individuos de esta.

En ese sentido, este documento se propone como objetivo principal, en conjunción complementaria con algunas ideas provenientes del *análisis de calidad y de mejora regulatoria*, desarrollar una argumentación a favor de la estructura del artículo 317 del COIP. Asimismo, cabe advertir que a través de sus secciones el desarrollo de nuestra contribución considerará los siguientes seis aspectos a manera de una *four corners rule* o lineamientos de interpretación y examen:

- a. La trascendencia de la eficiencia económica haciendo referencia a la implementación de la menor cantidad de recursos posibles y alcanzar el mayor beneficio posible.

- b. La relación entre el AED y la conducta, plasmando la relevancia de este método para el estudio del derecho, en particular, a través del derecho comparado (Espósito, Amorebieta y Vera, 2020) y el razonamiento costo-beneficio aplicado a la ley y al estudio de la conducta humana (Rappaport, 2018).
- c. El análisis costo-beneficio y su *ratio* aplicada al lavado de activos delimitando su objeto, características, así como también de las formas de cometimiento. Esto involucró considerar escenarios como la afectación social, llegando a identificar el efecto criminológico y la racionalidad económica del infractor, ofensor y/o delincuente (Rappaport, 2018).
- d. Una descripción de la realidad del Ecuador respecto de la problemática del lavado de activos. Evidenciado el tratamiento de la eficiencia en la aplicación de la pena estipulada y el efecto en el pensamiento del infractor, ofensor y/o delincuente, juntamente con los postulados de la psicología de la modificación de la conducta (Betancourt, Lascano y Méndez, 2020).
- e. Criterios para la selección de jurisprudencia en estos casos, buscando establecer la influencia en la decisión de jueces y otros problemas existentes en el órgano de administración de justicia.
- f. Un acercamiento a la problemática existente en el país, demostrando que existen maneras de atacar con mayor fuerza y eficiencia el lavado de activos.

Desarrollo

1. Relevancia del AED

Primero, es necesario definir el AED tradicional como una herramienta de la ciencia del derecho que recurre a la microeconomía clásica para analizar los sistemas jurídicos (entendidos como un set de principios y reglas), buscando identificar si estos reflejan (plano positivo o descriptivo) escenarios de eficiencia (productiva y técnica) o, si, por el contrario, deberían reformularse o facilitar su evolución espontánea bajo la lupa de aspiraciones de deber ser o prescriptivas (plano normativo donde también pueden involucrarse factores de eficiencia distributiva, equidad y justicia). En este orden de ideas, cabe acotar que autores de la trascendencia de Parisi sostienen que “es posible practicar un AED Penal, un claro ejemplo es Gary Becker, quien desarrolló una interpretación de los postulados de Bentham y otros juristas” (2010; p. 19-21). En esa misma línea podemos citar el trabajo de Hylton (2019) y Raskolnikov (2019).

En otras palabras, el AED es un sistema bajo el cual se trazan “las consecuencias que derivan de asumir que los individuos son más o menos racionales en sus interacciones sociales” (Posner, 2003, p. 40), enfocándose principalmente en las actuaciones de los individuos en el ámbito de relevancia o interés del derecho. Posner, especifica que el derecho y el AED conciben el proceso racional del individuo como la facultad del cual está dotado para tomar decisiones en momentos de incertidumbre. Sin embargo, esas decisiones se denominan profundas, porque aparte de ser decisiones únicamente del individuo, son

influenciadas por el ambiente/entorno en el cual se encuentra y conjuntamente por ciertos estímulos proporcionados por agentes exógenos, muchas veces no captados por el individuo.

Desde lo mencionado anteriormente y los preceptos propuestos por Montani (2014), es factible realizar un análisis económico del derecho penal, porque a partir del AED se concibe al individuo como un *homo economicus*. En otras palabras, el individuo es un ser poseedor de una racionalidad maximizadora de elección, es decir que, el individuo al encontrarse frente a diversas opciones dentro de un ambiente con estímulos (positivos o aversivos), orienta su accionar hacia aquella opción que le genere mayores beneficios o réditos (potenciales) y que a su vez le genere un menor costo (potencial), buscando conjuntamente aquella que satisfaga de mejor manera sus necesidades. En este sentido, Bermejo (2009) describe todas las opciones de delitos como un *mercado delictivo*, el cual se presenta como un conjunto de opciones para el infractor, ofensor y/o delincuente, cada una con su costo-beneficio; en el caso de ejecutar el delito de lavado de activos se presenta ciertos beneficios (utilidad y/beneficio más no renta bruta) que en ‘delitos económicos’ será traducido principalmente a modo de beneficios monetarios patrimoniales y/o pecuniarios. Cuando hablamos de lavado de activos también se hace referencia a la obtención de ‘poder monetario’ (también caracterizado bajo la nomenclatura de ‘poder económico’) frente a la sociedad y otras organizaciones/grupos delictivos, aspectos del plano material trascendentes para quienes cometen este tipo

de delitos y considerados en las distintas modelaciones de conducta propuestas para estudiar manifestaciones humanas de *input and output*.

El cometimiento de cada delito representaría también lo que se define como ‘costo de oportunidad’, término que hace referencia a los valores de pérdida asumidos por el infractor, ofensor y/o delincuente (transporte, movilidad, entre otros). Los cuales pueden ser medidos en unidades de tiempo como también en unidades monetarias, como se describirá más adelante (otras clasificaciones optan por dividirlos en ‘materiales’ e ‘inmateriales’). Si los costes son mayores, en la mente del delincuente (asunción que otros asimilan a la generación de *estímulos cerebrales* para aquellos investigadores que optan por plantear la discusión introduciendo el aporte de las neurociencias) se generará un incentivo aversivo (efectivo), que lo limite de cometer este delito. Debido a su racionalidad maximizadora (proceso de decisión-elección) y por esta naturaleza el individuo racional/común elegirá aquella opción que le beneficie total o en mayor proporción.

Para explicar de mejor manera lo dicho, se requiere ampliar la idea que el AED puede expresarse -al igual que la economía en general- a partir de dos enfoques:

a. El AED positivo:

Referencia al individuo, estudiado a partir de dos presupuestos de partida:

El primer presupuesto, concibe al individuo como un *maximizador de elección*. Es decir, que el individuo al encontrarse frente a un escenario con una variedad de opciones no solo escogerá aquella que mayor beneficio le proporcione y menor costo le genere, sino aquella que satisfaga de mejor manera sus necesidades y objetivos.

El segundo consiste en concebir a la norma como un *estímulo externo*, el cual se encuentra completamente fuera del alcance del individuo o sujeto que cometió el delito, porque está claro que toda norma o ley es producto del ser humano (legislador). Si bien esta fuera del alcance del individuo (potencial infractor, ofensor y/o delincuente), esta si influye, modifica, crea o destruye, posibilidades en el ambiente y por ende interfiere en la mentalidad del individuo, factores que son entendidos como estímulos.

De esta manera, es posible que dichos estímulos interfieran en la mentalidad del individuo, logrando ejercer un papel decisivo en la capacidad de decisión y raciocinio del individuo, orientándolo a actuar o no hacerlo.

Por lo tanto, se vuelve preciso mencionar que, en el presente tipo penal se evidencia fuertes rasgos de racionalidad, por la dificultad que en primera instancia requiere el infractor, ofensor y/o delincuente: planear, establecer estrategias que violenten el sistema y crear métodos que dificulten el rastreo de los activos.

De ahí se plantea la interrogante ¿el castigo disuade?, y la respuesta es sí, porque es concebido como un costo o limitación más, avizorado por el delincuente. Factor que tiene la finalidad de evitar que más individuos sean atraídos por una errónea percepción de beneficios potenciales que se desprenderían del cometimiento de este delito.

b. El AED normativo:

El normativo por otra parte centra su estudio en la sociedad, analizando el Costo-Beneficio de la aplicación de la norma, así como los efectos y consecuencias que esta ejerce en la sociedad. Esta parte del AED es importante, porque permite identificar la eficiencia del artículo y su aplicación en la sociedad.

A partir de este tratamiento se podría evidenciar las fallas de mercado existentes en la norma como son: vacíos legales, contradicciones, antinomias, anomias, entre otros. Aspectos que permiten y facilitan el cometimiento de los delitos y la impunidad de estos al momento del juzgarlos. De la misma manera, posibilitan generar, implementar o modificar aquellos aspectos de la legislación que contribuyen a un desarrollo ineficiente de la norma, subsanando estos problemas e incrementando la eficiencia del sistema jurídico legal.

Es así como a partir del AED, se plantea que las políticas públicas se encuentren orientadas a atacar el delito, obteniendo el mayor beneficio posible, pero que sin embargo exista un costo bajo, no solo para el infractor, ofensor y/o delincuente sino para la sociedad. De ahí el cuestionamiento si en los delitos económicos la pena tendría que ir orientada principalmente hacia el aspecto monetario o la privación de la libertad.

2. Caracterización del artículo 317 del COIP

A partir de lo expresado es posible:

- a. Catalogar a la norma, en este caso el artículo 317 del COIP, como un modelo generalizado, el cual describe una conducta no deseada por la sociedad.

Esta norma podría decirse que se encuentra estática en el aparataje jurídico, hasta el momento en que un individuo adecua su conducta a lo tipificado en la norma y consecuentemente tendrá que asumir las consecuencias de sus actos.

Así mismo, la expedición de esta norma legal genera un beneficio mayor y costo menor para el estado, puesto que, de esta manera el estado concibe una norma general para la sociedad, suponiendo también que desde su publicación y a partir del principio de legalidad, esta debería ser conocida por todos y evitar que los sujetos incurran en este tipo delictivo.

- b. Avizorar el castigo como un *estímulo aversivo* en la mentalidad del infractor, ofensor y/o delincuente como lo expresa Miltenberger (2013). El castigo es representado como un costo o limitación más, para el cometimiento de este delito, siempre y cuando sea aplicado en la forma en que se encuentra descrito en la ley.

Sin embargo, sucede un fenómeno que denominaremos factores que promueven la falta de eficiencia de aplicación de la norma, la cual se encuentra orientada a describir principalmente el efecto negativo que genera estipular un castigo severo, pero de poco cumplimiento. Aspecto que incrementaría la posibilidad que el potencial infractor, ofensor y/o delincuente cometa con mayor confianza este delito.

Clarke y Cornish (2014), explican que mayor eficiencia tendría estipular un castigo menor, pero de gran o total imposición, que un castigo severo, pero baja imposición. Aspecto reiterativo desde el AED sin también desde la psicología de la modificación de la conducta, porque se establece que en la mentalidad de quien comete este acto reprochable se forja un estímulo de menor costo, menor pérdida que la esperada, premiando u otorgando mayor valor al beneficio obtenido. Factor que no solo se representa ante el infractor, ofensor y/o delincuente, sino también ante la sociedad, proveyendo a los sujetos de la sociedad un ejemplo y un estímulo mayor hacia el cometimiento de este tipo penal.

De esta manera, a partir de considerar como usuarios (en un primer momento que da lugar a una futura ampliación de esta propuesta) a expertos en materia de lavado de activos avanzamos a la segunda etapa metodológica, en la cual se identificó las necesidades del usuario, las cuales visibilizan la realidad que vive el

país y también la región (Colombia, Perú y específicamente Ecuador):

1. El riesgo latente para el cometimiento de este delito según los datos proporcionados por Basel Institute on Governance, International Centre for Asset Recovery; Switzerland (2019), en el *Basel AML Index: 8th edition A country ranking and review of money laundering and terrorist financing risks around the world*, donde se demuestra que Ecuador siempre ha presentado un mayor índice al riesgo respecto de los otros dos países.

Un claro ejemplo es el año 2019, en el cual Ecuador registró 6,25 puntos de riesgo, colocándolo en el puesto 29 del ranking mundial de riesgo para el cometimiento del lavado de activos. Sin embargo, es más alarmante aún, que cifras e información general, no sean exactas y me atrevería a decir que dicha información es escasa, incongruente en algunos datos/información y otras veces podría ser catalogada como inaccesible al público.

El Ecuador, a través del Banco Central del Ecuador se comprometió el año pasado, realizar un estudio para identificar cual es el valor monetario aproximado del delito de lavado de activos en el Ecuador, estudio que sería publicado en el presente año 2020.

2. Otro claro ejemplo es el alto número de casos conocidos por la Fiscalía, entre el 2014 y julio de 2020 se conocieron 461 casos. De todos ellos 62 lograron ser catalogados como delitos, de ellos 26 fueron considerados flagrantes, sin embargo, en total existieron apenas 8 sentencias.

Hasta ese momento, podría decirse que no existe ningún problema, sin embargo, el problema genera asombroso cuando gran cantidad de esos procesos que no llegaron a su culminación fue porque: fueron abandonados, en muchos de ellos prescriben los plazos, carencia de apoyo en la obtención de información por parte de los órganos estatales, bancarios, errores respecto de la teoría del delito, escasa o contradictoria aplicación de las pruebas, entre otros.

Así también en varios casos, la falta de comprensión de la norma procesal, como también de la penal por parte de varios de los servidores de justicia, fiscales y en ciertas ocasiones de los afectados o involucrados. Aspectos que generan evidentemente un sistema deficiente de justicia, eso sin mencionar la injerencia de los otros

poderes del Estado, principalmente el ejecutivo en la decisión de los jueces, de políticos u otros individuos con poder en el aparato estatal.

De esta manera, continúo haciendo hincapié en la problemática descrita por los entrevistados designados como usuarios, quienes han manifestado constantemente la existencia del problema de justicia descrito como un alto nivel de cometimiento de este

tipo de ilícitos, un alto número de procesos conocidos por fiscales, jueces y agentes con deber de denunciar y un escaso número de procesos iniciados, aún mucho menos llegan a recibir sentencias, culminar o llegar a su fin. Problemática latente y que fue evidente al recabar información respecto de los procesos en Ecuador; principalmente en aquellos procesos relacionados estrechamente con la política y los gobiernos de turno.

Metodología

1. Generalidades Metodológicas: Legal Design Thinking

Además del AED, la metodología utilizada para este aporte se soporta en algunas nociones implícitas del *legal design thinking* (Lara y Méndez, 2020) el cual ha tenido -todavía- poco desarrollo en el Ecuador, principalmente en el ámbito público. Sin embargo, a nivel internacional ha manifestado un impacto inicial importante, al ser una herramienta innovadora que parte de las necesidades de las personas naturales y/o jurídicas, a las cuales conceptualiza como ‘usuario’, para posteriormente brindarles propuestas de soluciones adaptadas a sus necesidades, realidades e intereses identificados (Méndez y Meythaler, 2019). Cabe acotar que esta metodología se soporta en cinco (5) etapas, que pueden caracterizarse de la siguiente forma:

- a. *Empatizar*. Implica escuchar a los usuarios, en este caso un instrumento aplicable es el uso de entrevistas físicas y digitales. Un primer discernimiento, establecido a partir de su visión global del sistema legal, puede llevar a enfocarnos en profesores, académicos y expertos en *lavado de activos y compliance*, estableciendo como una ventana temporal una exigencia de experiencia superior a tres años en el ámbito del ejercicio profesional.
- b. *Definir*. Identificar necesidades, elegir lo que realmente es importante y necesario para el usuario. En Esta etapa surgen interrogantes como ¿Cuál es la problemática?, ¿Cuál es su necesidad?, ¿Qué busca?, entre otras.
- c. *Idear*. En esta etapa resulta viable utilizar la técnica del *brainstroming* (lluvia de ideas) para avizorar la mayor cantidad de posibles soluciones

a la problemática y necesidades del usuario (seleccionado).

- d. *Prototipar*. En esta etapa, se requiere seleccionar las mejores o la mejor alternativa avizorada/s en la etapa anterior. Este considerando requiere discutir entorno a cuál es la sanción óptima desde la perspectiva del usuario a partir de un rango limitado de alternativas: a) pena privativa de la libertad; y b) restricción de derechos (económicos, políticos, embargo, decomiso de bienes, entre otros).
- e. *Testar*. Conlleva contrastar la realidad del fenómeno de lavado de activos en la región, pero principalmente en el Ecuador y verificar si las necesidades del usuario son satisfechas con la normativa actual.

Es conveniente recalcar que, la metodología utilizada, también requiere a modo de respaldo, un proceso de levantamiento de información a partir de una detallada, pertinentes y actualizada recopilación bibliográfica-documental y la recepción de ‘datos duros’ (como los que pueden ser obtenidos de organismos estatales tales como la Fiscalía General del Estado.

2. AED, Design Thinking y Test de Proporcionalidad

La construcción de este aporte llevó implícito las consideraciones de una prueba (*test*) de proporcionalidad construida como una herramienta de control ex post. Esto es así, pues por naturaleza fáctica y jurídica, esta prueba es utilizada por los tribunales para determinar si las normas son razonables legalmente, sus pasos incluyen la constatación de que la norma o proyecto poseen:

- a) Fin constitucionalmente valido. El artículo analizado es acorde a la Constitución y busca

- proteger distintos bienes jurídicos, al ser el lavado de activos un delito pluriofensivo que en primer lugar afecta el orden socio económico, después la administración de justicia, libre mercado, entre otros.
- b) Idoneidad. La norma existente es buena, porque las sanciones tipificadas se conciben como el costo identificado por el infractor, ofensor y/o delincuente. Mas aun cuando la propia norma realiza una tasación de la pena a imponer respecto del infractor, ofensor y/o delincuente. Sin embargo, consideramos que la pena debería ir encaminada precisamente a atacar ese objetivo buscado por el infractor, ofensor y/o delincuente, generando mayor efectividad disuasiva.
 - c) Necesidad. Es necesario sancionar, castigar un acto reprochable. Pero en delitos económicos, consideramos más efectivo restringir derechos y facultades económicas que sancionar con la cárcel. Así se estaría eliminado el beneficio buscado por el infractor, ofensor y/o delincuente e incrementando el costo para el infractor, ofensor y/o delincuente y por otro lado disminuyendo el costo para el estado e incrementando su beneficio.
 - d) Proporcionalidad. La afectación de derechos es razonable en comparación con los beneficios obtenidos, sin embargo, consideramos pertinente plantear como medida alterna a la privación de la libertad, la posibilidad de imponer otro tipo de medidas

Resultados

La pregunta que surgió como consecuencia de la reflexión previa fue: ¿a qué se debe el problema?, varios especialistas han mencionado como problemas principales la globalización, la moneda de curso en el Ecuador (Dólar de los Estados Unidos de América), la cercanía de países productores de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, como también catalogar a Ecuador como un país de paso. Sin embargo, consideramos que el problema se encuentra relacionado principalmente con al funcionamiento del sistema de justicia, así como con el tratamiento que se da al delito de lavado de activos, como se explicará en las líneas siguientes.

Empecemos describiendo la problemática a partir de la interrogante ¿Ecuador posee normativa que combata el delito de lavado de activos? y la respuesta es sí; a partir de las entrevistas digitales realizadas a expertos en lavado de activos se pudo verificar que el 73.68% de los entrevistados consideran que la normativa penal ecuatoriana se ha adecuado y adaptado a los estándares y recomendaciones internacionales. Aspecto que se evidencia al estudiar el artículo 317 del COIP, el cual al ser analizado a partir de los postulados del AED tradicional presenta:

- a. La primera parte del articulado realiza una descripción del tipo penal, el cual consta de 21 verbos rectores; el cual abarca gran cantidad del *iter criminis*, buscando describir la mayor cantidad de posibles acciones relacionadas al cometimiento del delito, intentando cubrir cualquier posibilidad de cometimiento del

delito. Centrado su atención principalmente en prohibir “el enmascaramiento de esos capitales de origen ilícito y consecuentemente el aprovechamiento buscado por el infractor, ofensor y/o delincuente” (Hernández, 2019). Actuación que al estar descrita en el COIP se entiende una conducta no deseada y reprochable por el Estado ecuatoriano.

De esta manera, el artículo 317 del COIP (2014) efectivamente abarca las 3 etapas del proceso de lavado de activos:

1. Colocación: desde donde se identifica el riesgo (costo/limitaciones), en qué país/lugar se vayan a ingresar los capitales, cual posee menor legislación y/o mayor eficiencia en su administración de justicia y en consecuencia, mayor posibilidad de generar beneficios.
2. Transformación: Aquí se busca enmascarar, eliminar el rastro. Que medios utilizaré, bancos, inmobiliarias, empresas, etc. Según ciertos estudios, en los últimos tiempos, en varios lugares dejo de utilizarse únicamente entidades grandes. Es preciso mencionar que, en la realidad actual, gran cantidad de negocios se prestan para este delito (empresas, micro mercados, entre otros). La respuesta es

por la división de capitales en cantidades más pequeñas, menos detectables y la posibilidad de enmascarar de mejor manera esos capitales, en ciertas ocasiones se ha utilizado locales de comercio destinados a la alimentación (restaurants, bares, lugares de comida rápida), así como también aquellos que expenden servicios de primera necesidad.

3. Integración: En esta etapa es imposible evidenciar los capitales, debido a que ya forman parte del sistema financiero legal y sus rastros han sido eliminados.

Es así como, los beneficios obtenidos de esta actividad ilícita dependerán de las ganancias brutas y de variados costes (. La primera hace referencia a los valores de producción que se obtiene al cometer el acto delictivo, mientras que los costes pueden verse representados como lo establece Bermejo (2009):

- Originados por la utilización de instrumentos para el cometimiento del delito (armas, máscaras, alquiler, etc.)
- Costes de oportunidad al tiempo del delito, comprendido como aquellos que pudo obtener de alguna actividad alternativa.
- Coste esperado de sanciones informales, entendidos como aquellos que van en relación con el coste moral, el cual se encuentra determinado por aquellas condiciones morales y éticas (personales y de la sociedad), motivado por el hecho de no ser consecuente con ellas y es reputacional y todos sus efectos. El cual se encuentra fundamentado también con la reducción futura de ingresos en actividades legales debido a las dificultades de ingresar al mercado laboral como producto de la estigmatización social que supone la imposición de pena);
- El coste esperado de sanciones formales, que se encuentran fundamentadas con la amenaza de pena y otras sanciones jurídicas negativas, como también la responsabilidad civil, administrativa derivada del cometimiento de este delito.

Todos estos costes se encuentran presentes al cometer el delito, sin embargo, en el que se centró esta investigación es en el último, el denominado 'coste de sanciones formales' porque provienen de la norma y se

consideran conocidos y apreciados por el delincuente, es el coste que desde una perspectiva supuesta de cumplimiento literal se obtendrían, como se explica a continuación.

- b. La segunda parte del artículo describe la sanción y la he designado como: costo concebido por el infractor, ofensor y/o delincuente a partir de la norma (COIP, 2014, artículo 317).

Este es uno de los ejes centrales de la investigación, porque a partir de la norma y la tasación de la pena contenida en esta, la cual es graduada tomando como referencia principal el monto del ilícito y la actuación de los involucrados (asociación para delinquir).

En primer lugar, recordemos que existía un costo formal medido en unidades de tiempo, en este caso, el artículo realiza una tasación de la pena, la cual es acorde al monto del lavado de activos, que también puede estar acompañada de acciones como la asociación para delinquir. Es así como se impondrá la sanción privativa de la libertad de 1 a 3, 5 a 7, y así consecutivamente.

Cabe destacar que, en este aspecto desde la mentalidad del infractor, ofensor y/o delincuente no solo se avizora y ejerce un costo formal, sino los otros también (por lo menos en el infractor, ofensor y/o delincuente no habitual), como puede ser la pérdida de obtención de otros recursos por el tiempo que se encuentre privado de la libertad, la pena o agravio que sufre su reputación, así como la de su familia ante la sociedad, entre otros.

En segundo lugar, se puede apreciar el costo medido en unidades monetarias, como son: multa, equivalente al duplo del monto del delito de lavado activos (objeto del delito), las cuales van encaminadas a impedir el disfrute de los activos producto del ilícito de blanqueamiento de capitales. De la misma manera, impide el aumento de poder frente a la sociedad (poder adquisitivo del dinero producto del ilícito), así como frente a las otras organizaciones delictivas.

De esta manera, a partir del AED y la psicología de la modificación de la conducta, la imposición de las penas graduadas, ejercen un distinto nivel de disuasión en la mentalidad del sujeto. Mientras más severa sea la pena,

existirá un mayor grado de disuasión en la mentalidad del infractor, ofensor y/o

delincuente, como se puede evidenciar en el siguiente cuadro.

Tabla 1.
Dosificación de la pena de lavado de activos

<i>Monto de Lavado de activos</i>	<i>Sanción Privativa de libertad (Unidad de tiempo-años)</i>	<i>Sanción pecuniaria (unidades monetarias)</i>	<i>Otros</i>
< 100 SBU	1-3		
≥100 SBU	5-7 7-10	(no asociación-delinquir) Asociación para delinquir, sin constitución de sociedad o utilización legal; utilizando institución-Sistema financiero, seguros, instituciones pública o trabajadores.	Persona natural: comiso, embargo, pérdida de derechos de participación y políticos, derecho a la libertad.
> 200 SBU	10-13	Asociación - constitución de sociedades o utilización legal. Inst. públicas o empleados.	Persona jurídica: Multa, comiso, clausura (temporal o definitiva), seguimiento judicial, disolución y liquidación, prohibición de acceso a ciertos contratos.

Fuente: Adaptación del COIP (2020) art. 3117, 64, 65, 68, 69.

Elaboración propia

En el cuadro se ha representado mediante colores el costo concebido por el infractor, ofensor y/o delincuente a partir de la norma, siendo celeste la sección menos grave, la azul, aquella que representa la gravedad media y que a su vez al ser percibida por el infractor, ofensor y/o delincuente genera un mayor nivel de rechazo, finalmente la sección en gris representa el costo mayor contenido en la norma (pena de 10 – 13 años), este generaría un mayor nivel de disuasión y al ser considerado de mayor grado aversivo, debería -en teoría- generar un mayor impacto disuasivo. Hasta este momento, un primer acercamiento a la legislación penal del Ecuador (artículo 317 del COIP específicamente), hace evidente establecer que la intervención del estado se enfoca en identificar el origen de esos activos ilícitos, comisarlos, impedir la afectación de los bienes jurídicos y, por supuesto, imponer un castigo al infractor, ofensor y/o delincuente. Se podría aseverar que la actuación del estado, en relación con este artículo, resultaría eficiente y combatiría el tipo penal de lavado de activos, en línea con lo que se concibe en los acuerdos y tratados internacionales, así como también en la Constitución del Ecuador del año 2008 que en el artículo 393 establece el deber del Estado para garantizar la seguridad a través de políticas públicas y acciones integradas, buscando asegurar la convivencia pacífica y promover una cultura de paz; siguiendo esa línea de acción, el Ecuador optó por generar una política

criminal de efectivo cumplimiento a partir de este rol garante del Estado.

De la misma manera, al revisar la página web de la Corte Nacional de Justicia en busca de ‘Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios’, se puede evidenciar que, en aplicación de la metodología de Pasquel (2014) y Oteiza (2010), no es posible encontrar algún precedente legal que sirva como referente a materia de lavado de activos a partir del año 2009 hasta la fecha. Sin embargo, se pueden encontrar procesos de casación, empero, que no se hallan relacionados con el tema de estudio, porque estas casaciones no se encuadran -principalmente- en la aplicación del artículo 317 del COIP (2014). El descarte de los precedentes se debe realizar en base a las siguientes consideraciones metodológicas:

- Garantizaron la independencia de jueces. No existe un sistema blindado de injerencia del ejecutivo, del legislativo o de la política en la decisión de los jueces.
- No crea derecho: no subsana vacíos legales, imprecisiones de la norma no reconoce costumbre.
- No proveen de solidez y predictibilidad del sistema jurídico; factor importante, que determinaría e influenciaría la decisión de los infractores, ofensores y/o delincuentes porque aseguraría una sanción respecto de estos delitos.

- D) Consistencia de calidad: no existe mayor motivación o justificación de las decisiones o actuaciones, simplemente se hace referencia a la ley.
- E) Coherencia entre: derecho, doctrina y los hechos. En varias ocasiones existen precedentes irracionales con la realidad de los hechos, con la implementación de las penas.

De esta manera, no se ha encontrado una línea jurisprudencial clara, la cual pueda fundamentarse de manera consistente y razonada, es decir, de manera que produzca efectos y sea aplicable a casos posteriores análogos en hecho y en derecho. Tampoco se ha evidenciado la generación de solidez y predictibilidad de la jurisprudencia, generando efectos o consecuencias en la sociedad y la visión que esta posee de la administración de justicia.

Esta idea se puede expresar a través de la siguiente reflexión:

Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas jurídicas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. (Dworkin, 2003, p. 143 y ss., citado por Oteiza, 2010, s. p.)

Desde nuestro punto de vista y a partir de la cita anterior, consideramos que la actuación judicial y estatal en el combate contra el lavado de activos se encuentra muy alejada de alcanzar niveles satisfactorios (en términos de resultado), por las falencias existentes. De la misma manera, es claro que la sociedad aún considera que el sistema de administración de justicia aún es decadente y como popularmente se conoce como *pro-classes de poder*, porque favorece a aquellos delincuentes de cuello blanco o que poseen un estatus económico vasto, dejando en la impunidad un considerable número de delitos.

Discusión y Conclusiones

Discusión

La consideración explícita de la última etapa metodológica 'testar' permite sostener que el lavado de activos es una *problemática nacional y regional* que necesita tratamiento y combate eficiente. Asimismo, constituye un problema complejo de combatir, porque para su tratamiento se requiere una institucionalidad articulada. Es decir, de un conjunto de normativas coherentes, sistemas de prevención, detención e investigación integrados. Y, de una ideología interdisciplinaria más allá del derecho penal y procesal penal: requiere del derecho financiero, administrativo, mercantil como de otras ciencias economía, contabilidad, comercio exterior, ciencias bursátiles, psicológicas, entre otras.

Existe una norma clara, adecuada a los estándares internacionales pero que de cierta manera no es conocida por todos, debería existir mayor publicidad y adecuada aplicación de la norma. Sin embargo, se carece de efectividad dentro de la administración de justicia. Esto se verifica a pesar de la existencia de una legislación especializada con penas drásticas y tratamientos procesales específicos. Lo expuesto se suma al desconocimiento, la falta o errónea aplicación de la sanción estipulada en la norma que se definiría

como un exceso conductual a la ocurrencia de conductas no deseadas. Significa que la conducta no deseada se presenta de manera constante a pesar de ser reprochada y castigada, en ciertas ocasiones aumentan el porcentaje de ocurrencia (cometimiento) o simplemente se mantienen (no existe una disminución considerable). En este caso específicamente se podría establecer que la falta de disminución de la conducta sancionada se puede deber a una indebida aplicación del castigo establecido en la norma, lo que generalmente produce el efecto contrario al deseado (eliminación o disminución del cometimiento del lavado de activos en la sociedad ecuatoriana).

Debería darse primordial interés en sancionar el objeto del delito *sanciones principalmente económicas*, posibilidad de expedir leyes que exterminen el dominio o que recaigan sobre la actividad económica. En ese sentido, podemos considerar que una sanción pecuniaria o económica proporcional y adecuada en vez de determinadas penas o en vez de prisiones efectivas puede darse; lo que si se pudiera hacer es eliminar ciertas capacidades o derechos económicos de los individuos a cambio de que conserven su libertad.

Los órganos institucionales de justicia, administrativos, entre otros, deberían sincronizar su actuación para que la lucha contra el lavado de activos sea más eficiente.

En Ecuador no debemos seguir discutiendo temas que el artículo específicamente deja en claro como por el ejemplo que el lavado de activos es un delito autónomo de otros delitos o en relación de un delito previo.

Conclusiones

La afectación de derechos o intereses resulta razonable si nos situamos en un escenario de comparación con relación a los beneficios que se espera obtener de una mejora dentro del sistema de enforzamiento nacional. Por lo tanto, no puede dudarse sobre que resulte razonable imponer una sanción graduada debido a la gravedad de un ilícito con el lavado de activos. Sin embargo, consideramos que una manera de afrontar el problema es restringiendo derechos tantos políticos como económicos a través de precisiones en el marco legal vigente.

En ese sentido, se debería proporcionar una instrucción adecuada a los fiscales, donde se conciba los parámetros necesarios para investigar y acusar en este tipo penal, donde no únicamente se haga referencia a la ley o la doctrina, sino que enmarque un conjunto de conocimientos relacionados y aplicables a los casos,

como por ejemplo características del delito, utilización de pruebas, creación de estrategias. De esta manera se evitaría que el sistema de justicia se ineficiente e ineficaz.

Para este y otros fines, el AED brinda un aporte significativo al estudio del derecho, puesto que no centra su preocupación únicamente en la ley o en la doctrina, sino que parte de preceptos como el uso funcional de la jurisprudencia, el comportamiento de los sujetos involucrados (infractor, ofensor y/o delincuente, fiscal, órganos investigativos y jueces), los costos y beneficios percibidos, para interpretar la eficiencia de la aplicación de una norma en la realidad de sociedad.

La utilización del *design thinking* como método de trabajo implicó la aplicación de 5 etapas ‘empatizar, definir, idear, prototipar y testar’. Lo que permitió enfocar el estudio del tipo penal de lavado de activos mediante entrevistas a expertos, pudiendo así establecer el objeto de análisis, identificarse los problemas existentes y generar presiones respecto de posibles soluciones o alternativas para una mejor y eficiente aplicación de la ley y que está pueda cumplir con su efecto disuasivo.

Referencias

- Asamblea Nacional del Ecuador [ANE]. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: R. O. 180 del 10 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional del Ecuador [ANE]. (2021). Constitución de la República del Ecuador, Quito: R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Basel Institute on Governance (2019). *Basel AML Index: 8th edition A country ranking and review of money laundering and terrorist financing risks around the world*. International Centre for Asset Recovery; Switzerland. Recuperado de: <https://baselgovernance.org/sites/default/files/2019-10/Basel%20AML%20Index%208%20edition.pdf>
- Bermejo, M. (2009). *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, (Tesis de Doctorado). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.
- Betancourt, W., Lascano, D. & Méndez, R. (2020). *Una Panorámica Contemporánea del Lavado de Activos en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Clarke, R. & Cornish, D. (2014). *The reasoning criminal, Rational Choice Perspectives on Offending*. Transaction Publishers. Librería del Congreso Catalogación en datos de publicación. Recuperado de: <https://n9.cl/7gmkr>
- Espósito, J. & Amorebieta y Vera, J. (2020). El derecho comparado como método en la enseñanza-aprendizaje de la traducción jurídica en Argentina. *Veritas & Research*, 2(1), 27–36.
- Hernández, E. (2019). Mujeres en Inteligencia, Seguridad y Defensa. *TechHeroX*. Retrieved from: <https://techherox.com/blog/tag/blanqueo-de-capitales/>
- Hylton, K. N. (2019). Whom Should We Punish, and How? Rational Incentives and Criminal Justice Reform. *William & Mary Law Review*, 59, 2513–2573.
- Hylton, K. N. (2019). Law and economics versus economic analysis of law. *European Journal of Law and Economics*, 48(1), 2019, 77-88.

- Hylton, K. N. (2019). *Economic Theory of Criminal Law. Oxford Research Encyclopedia of Economics and Finance*. Boston, EE.UU.: Oxford University Press.
- Lara, J. & Méndez, R. (2020). *Régimen Jurídico del Control de Fusiones Empresariales en Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Méndez, R. & Meythaler, A. (2019). Principles of Design Thinking and Law. En J. Meythaler, O. Sumar y G. Lascano (eds.), *Law and Economics: Property Rights and Regulatory Standards*, 2da ed. Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones PUCE.
- Miltenberger, R. (2013). *Modificación de la conducta, Principios y procedimientos*. Madrid, España: Editorial Pirámide.
- Montani, E. (2014). Crímenes económicos, derecho penal y economía: prueba de diálogo. *Temas de derecho penal Económico: Empresa y Compliance – Anuario de Derecho Penal 2013 – 2014*, 31–56.
- Ortiz De Urbina, I. (2003). *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid Ediciones.
- Oteiza, E. (2010). *El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina*. Recuperado de: https://www.academia.edu/13173529/El_problema_de_la_uniformidad_de_la_jurisprudencia_en_Am%C3%A9rica_Latina
- Parisi, F. (2010). Escuelas positivas, normativas y funcionales en el análisis económico del derecho. *Ius et veritas*, 20(41), 16-29.
- Pasquel, E. (2014). Stare Decisis, Intercambios Comerciales y Predictibilidad. Una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial y promover las inversiones. *Revista de economía y derecho*, 2. Recuperado de: https://works.bepress.com/enrique_pasquel/24/
- Posner, R. (2003). *Economic Analysis of Law*, 6ta ed. New York: Aspen Publishers.
- Rappaport, J. (2018) Criminal Justice, Inc. *Columbia Law Review*, 118, 2251-2322
- Raskolnikov, A. (2019). Deterrence Theory: Key Findings and Challenges, *Cambridge Handbook of Compliance*. New York, EE.UU.: Crambridge Press.



Esta obra está bajo licencia internacional Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0.

En caso de que el artículo presentado sea aprobado para su publicación, los autores, mediante el documento “Declaración de originalidad y Cesión de derechos de autor”, transfieren a la revista los derechos patrimoniales que tienen sobre el trabajo para que se puedan realizar copias y distribución de los contenidos por cualquier medio y en acceso abierto, siempre que se mantenga el reconocimiento de sus autores y no se haga un uso comercial de la obra.