

LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA FIGURA DEL DECOMISO EN ECUADOR Y ESPAÑA

**María Teresa Vélez Zhindón*
maitev64@hotmail.com maitev64@usal.es

Fecha de Recepción: 03/09/18
Fecha de Aprobación: 10/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Tratamiento jurídico de la figura del decomiso en Ecuador y España 7. Decomiso sin sentencia 8. Decomiso ampliado 9. Decomiso de terceros 10. Conclusión 11. Bibliografía

Resumen

Con la finalidad de impedir que los delincuentes de cuello blanco puedan disfrutar de los beneficios económicos que ha generado su comportamiento, ciertos ordenamientos jurídicos comienzan a darle importancia al decomiso, figura jurídica doctrinariamente abandonada hasta el surgimiento de la nueva política criminal de recuperación de activos. La expansión del derecho penal, y con ello la tipificación de nuevos tipos penales, así como nuevas modalidades de consecuencias accesorias, de cierta manera responden al cumplimiento de políticas de organismos internacionales. En la Unión Europea mediante la Directiva 2014/42/UE, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y productos del delito, se pretende lograr una armonización en materia de recuperación de bienes, que a dado lugar a la incorporación del decomiso sin sentencia, el decomiso ampliado y el decomiso de bienes de terceros, convirtiéndose el decomiso en el objetivo principal de la intervención penal, situación que ha llevado a otros países como Ecuador a considerar la implementación del decomiso sin sentencia y decomiso de terceros, situación que se encuentra en debate dentro del Proyecto de Ley de lucha contra la corrupción, pues debemos tener en cuenta que actualmente el Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, considera al decomiso como una pena restrictiva de la propiedad, estando ante la imposibilidad de recuperar bienes hasta que exista una sentencia condenatoria, que en ciertos casos garantiza los principios constitucionales, pero en otros casos no es más que una barrera para frenar con la corrupción.

Palabras Clave

Decomiso, recuperación de activos, extinción de dominio, corrupción, expansión.

Abstract

In order to prevent white collar criminals from enjoying the economic benefits that their behavior has generated, certain legal systems begin to give importance to confiscation, a doctrinal figure abandoned until the emergence of the new criminal asset recovery policy. The expansion of the criminal law, and with it the typification of new criminal types, as well as new modalities of accessory consequences, in a certain way respond to the compliance of policies of international organizations. In the European Union through Directive 2014/42 / EU, on the seizure and forfeiture of the instruments and proceeds of crime, it is intended to achieve harmonization in terms of recovery of property, which has led to the incorporation of confiscation without sentence, expanded confiscation and confiscation of third-party property. Thus, making confiscation the main objective of criminal intervention, a situation that has led other countries such as Ecuador to consider the implementation

of confiscation without judgment and confiscation of third parties which is in debate within the Anti-Corruption Law Project. Currently, Art. 69.2 of the Ecuadorian Comprehensive Criminal Code, considers confiscation as a restrictive property penalty, being unable to recover property until there is a condemnatory sentence, which in certain cases guarantees the constitutional principles, but in other cases it is not more than a barrier to curb corruption.

Keywords

Confiscation, asset recovery, domain extinction, corruption, expansion.

Introducción

La delincuencia de tipo económico propio de los poderosos ha dado lugar a que los organismos internacionales actúen con una nueva política criminal de recuperación de activos, y con ello, el cumplimiento de dichas políticas se ve reflejada claramente en la incorporación de cambios en las legislaciones internas. Dicha recuperación de activos constituye el tema estrella dentro de la política criminal moderna, pues se trata de una de las estrategias anticorrupción con la finalidad de dar solución al problema del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

La necesidad una política criminal de recuperación de activos es incuestionable, pues con los diferentes casos que han salpicado a toda Latinoamérica, relacionado con los casos de Odebrech, los cuales no se ha salvado Ecuador, los panama papers que dieron lugar a evidenciar la red de corrupción dentro de la Empresa Pública de Hidrocarburos de Ecuador; por otro lado, presuntos delitos de lavado de activos en contra de jueces de la Corte Constitucional, presuntos delitos de tráfico de influencias en la designación de cargos de notarios, fiscales, y jueces por parte del Consejo de la Judicatura, sin alargarnos más, luego de un sin número de actos de corrupción la Asamblea Nacional, siente la necesidad de darle a la investigación patrimonial el interés que merece. Actualmente, en la Asamblea Nacional se encuentra debatiendo la Ley Orgánica de lucha contra la corrupción el cual el momento de escribir estas líneas ha sido aprobado en segundo debate, estableciendo la posibilidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal y así regular el decomiso sin sentencia y el decomiso de terceros. Por otro lado, se encuentra en debate la Ley de Extinción de Dominio, proyecto presentado por Fiscalía General del Estado, como una nueva forma de recuperación activos, figura jurídica que ha sido implementada en Latinoamérica siguiendo las recomendaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, dentro del programa de asistencia legal para América Latina y el Caribe, sin embargo en el informe para segundo debate de Ley Orgánica de lucha contra la corrupción se señala la inviabilidad de la incorporación de la figura de la extinción de dominio por atentar contra los derechos constitucionales, señalando que la legislación vigente permite la recuperación de bienes producto del ilícito, lo cual sorprende estas líneas, pues Ecuador ha tenido una política criminal prácticamente nula en la recuperación de bienes.

Pues bien, unos abogan por la reforma de tipo penal de decomiso establecido en el Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal, y así seguir la tendencia europea; por otro lado, se analiza la posibilidad de la implementación de la figura de extinción de dominio, siguiendo la tendencia latinoamericana. El objetivo de la presente investigación, es analizar como se encuentra regulado en España, y hacer un análisis con la pretendida reforma a la figura del decomiso en Ecuador.

Tratamiento jurídico de la figura del decomiso en Ecuador y España

El objetivo principal del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de la libertad, y estaba dirigido en esencia a la sanción del delito, y no tanto a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos. Como hemos mencionado, uno de los más importantes desafíos políticos criminales dentro de la criminalidad económica vinculada a la delincuencia organizada, y dentro de ella a los delitos de corrupción, es recuperar el dinero o los bienes vinculados a estas actividades, (Berdugo, 2016: 634) pues mediante el comiso se corta el ciclo económico del lucro ilícito, privando de lo que especialmente constituye el fin de las organizaciones criminales: obtener ganancias ilícitas. (Zúñiga, 2010: 361)

Blanco Cordero I, señala, que la estrategia de recuperación de activos se basa en el recurso a mecanismos de naturaleza penal, asentándose en tres pilares fundamentales: a) El blanqueo de capitales como delito que permita castigar penalmente a quienes legitiman los bienes de origen criminal. b) El comiso de bienes de origen delictivo, en sus diferentes modalidades. c) Delito fiscal como mecanismo de lucha contra la corrupción: se trata de la estrategia Al Capone. No declarar ganancias de origen delictivo a la Hacienda Pública supone a su vez el segundo delito de defraudación. A pesar de que cita tres pilares, añade un cuarto pilar que es reconocido más a nivel Latinoamericano, el delito de enriquecimiento ilícito, estrategia dirigida a asfixiar económicamente a los corruptos. (Blanco, 2013: 3) Podemos añadir que otro de los mecanismos no penales, pero sin duda debemos hacer referencia a la figura de extinción de dominio de nula aceptación en el continente europeo.

En Ecuador, sin duda más que enfocarnos en la recuperación de activos propiamente dicha, es decir por medio de las figuras de decomiso, y la extinción de dominio, hay una clara tendencia expansionista a la creación de tipos penales, cuyo fin último es la recuperación de activos, es decir una vez que lleguemos a una sentencia condenatoria, por citar ejemplos la incorporación del tipo penal de enriquecimiento privado no justificado establecido en el Art. 297 del Código Orgánico Integral Penal, y el delito de testaferrismo tipificado en el Art. 289 del mismo cuerpo legal, vigentes desde la publicación del Código Orgánico Integral Penal, de fecha 10 de agosto de 2014, siendo esto más bien esencia pura de un derecho penal simbólico.

A diferencia de una política criminal europea que ha optado por la modificación y desnaturalización de la figura del decomiso (Berdugo, 2017: 25), mediante la incorporación de sus diferentes modalidades, pues una de las novedades que trae consigo la Directiva 42/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo³, es la incorporación del decomiso ampliado, decomiso sin sentencia, y el decomiso de terceros, que de igual manera son criticados pues se señala que los preceptos que regulan el nuevo régimen legal sustantivo del decomiso puede calificarse siendo optimistas de irregular y siendo realistas de absolutamente demencial. (Hava, 2015: 213) Con ello no podemos negar la buena intención de la política criminal forjada alrededor del comiso en los últimos años, sin embargo, no pueden negarse las dificultades de tales bondades y su impacto en un Estado social y democrático de Derecho. (Gorjón, 2014: 7)

Actualmente, en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, no establece las modalidades de decomiso, sin embargo, es necesario hacer un breve análisis de estas modalidades pues en la esfera legislativa se ha hablado de una posible reforma al Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal. De forma evidente se ha atribuido una escasa relevancia a la figura del comiso, tal es así que dicha legislación la sigue considerando como una pena restrictiva de derechos de la propiedad, es decir necesariamente debe estar de por medio una sentencia condenatoria. En España, el decomiso no es considerada como una pena, pues si es considerada como una pena el decomiso respondería al principio de culpabilidad, en virtud del cual no puede imponerse pena alguna al autor del hecho típico y antijurídico si este no es culpable como en el caso del decomiso sin sentencia, tampoco debe ser considerada una pena pues no presenta el carácter personalísimo de la pena, según el cual solo puede imponerse al autor del hecho ilícito, si fuera así solo podría aplicarse el decomiso al responsable de la acción penal, no podríamos hablar de un decomiso de terceros. (Cerezo, 2004: 25-26). Por otro lado, se menciona que no responde a los fines de la pena, ni a la retribución, ni a la prevención general o especial, (Cereijo, 2010: 8) aunque podemos señalar el decomiso tiene una naturaleza preventiva especial no en el sentido de rehabilitación y reinserción social sino más bien enfocándonos a una prevención especial negativa, a una reformulación actualizada de la inocuidad (Fernández, 2015: 27), es decir tomando en cuenta una finalidad material de retirada de bienes, para evitar la comisión de futuros delitos.

Situación algo similar, ha sucedido en España, en el sentido que la figura del decomiso era considerada como una pena accesoria, es en virtud de la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 10 de 1995, que deja de ser una pena para convertirse en una consecuencia accesoria, siguiendo su Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (Código Penal suizo y Código Penal alemán) (Zaragoza, 2008: 408) Por lo que, se considera una

tercera clase de sanciones penales, de este modo, a las tradicionales consecuencias jurídicas del delito (penas y medidas de seguridad), se unirán las consecuencias accesorias, y se debe tomar en cuenta ya conceptualmente entre los elementos integrantes del moderno derecho penal. (Luzón, 2004: 546). Sin lugar a duda, la naturaleza jurídica es independiente del lugar donde se encuentre regulada, pero el tema de la naturaleza jurídica es una de las cuestiones más debatidas en el ámbito doctrinario, más aún tomando en cuenta las diferentes modalidades de decomiso, siendo casi imposible encontrar una naturaleza jurídica común para esta figura. Es así que, si se llegase a implementar las modalidades de decomiso en Ecuador, a las cuales hemos hecho referencia, en primer lugar, debería tomarse en cuenta aquello, es decir no seguirle considerándola como una pena restrictiva de la propiedad, debiendo señalar que el proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal no hace mención de tal situación.

Decomiso sin sentencia

El decomiso sin sentencia, denominado también decomiso civil, equiparable a la extinción de dominio, una herramienta tan relevante para la recuperación de activos, que a la vez puede ser objeto de grandes abusos por parte de las autoridades, y a su vez incrementa la eficacia de recuperación de activos a costa de crítica de la vulneración de garantías constitucionales.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003 en su Art. 54.1.c), estableció que los Estados considerarán la posibilidad de adoptar las medidas que fueran necesarias para permitir el decomiso de esos bienes, sin que medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados,⁴ podemos darnos cuenta de que deja abierta la puerta para que los Estados incluyan otros supuestos.

Las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), específicamente la recomendación No. 3 hace mención al comiso sin sentencia previa determinando: “los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean embargados sin que requiera una condena penal, o que requieran que un infractor demuestre el origen lícito de los archivos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones”.⁵

En Ecuador no tenemos una figura análoga, es evidente que necesitamos una solución para aquellos casos que dentro de la corrupción no son pocos, en los cuales los procesados se encuentran prófugos pues para estos, y para los casos de fallecimiento del procesado, y en general cuando la responsabilidad penal se haya extinguido por indulto, por prescripción del delito o de la pena, o por concurrir una causa de inimputabilidad o por una excusa absolutoria no se pueda llegar a una sentencia condenatoria.

En Europa, el decomiso sin sentencia se encuentra determinado en el Art. 4.2 de la Directiva 42/2014UE, específicamente en España, en el Art. 127 ter 1 del Código Penal, los supuestos específicos establecidos en el mencionado artículo son: a) fallecimiento o enfermedad crónica. b) rebeldía dentro de un plazo razonable. ¿Cuál es el plazo razonable? c) No se imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o haberse extinguido.⁶ Por otro lado, es necesario que se haya iniciado un proceso penal, y que existan indicios racionales de criminalidad, lo cual existe cierta contradicción, pues si existen indicios racionales de criminalidad, ya no estaríamos ante el supuesto de estar exento de responsabilidad, debemos entender que es para los otros supuestos.

Debemos preguntarnos ¿Qué es lo que pasa con aquellos casos, en los cuales no se ha iniciado un proceso penal? Se señala que nos encontramos ante un decomiso descafeinado, pues además de exigirse la existencia de un sospechoso o acusado -lo cual impide acordar el caso cuando el sospechoso no haya sido identificado- también se requiere que se haya incoado procedimientos penales, (Aguado, 2015: 16) es el caso en que no se pueda activar un proceso penal porque el responsable penal del delito goza de inmunidad, siendo necesario que la ley que regule el decomiso sin sentencia haga referencia expresa a que la inmunidad de jurisdicción

del presunto responsable no excluya la aplicación de decomiso sin sentencia, (Blanco, 2012: Pág. 356) u otro caso, simplemente falleció el sospechoso cuando aún no se hubiera iniciado un proceso penal.

Por hacer hincapié en los casos de corrupción, en los cuales los delincuentes de cuello blanco, personas bien posesionadas dentro de su país, consiguen obstaculizar la obtención de pruebas, sin poder llegar a una sentencia condenatoria, actualmente un gran número de expresidentes latinoamericanos enfrentan juicios por casos de corrupción, el problema se presenta cuando la legislación no prevé el juzgamiento en ausencia, en el Ecuador se prevé continuar con el proceso penal aún en ausencia del procesado en determinados delitos relacionados con la corrupción: peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así lo prevé el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador, si vamos por esta línea, de recuperar activos cuando necesariamente exista una sentencia condenatoria, por cuanto cabe el juzgamiento en ausencia, nos hace falta el tipo penal de lavado de activos, pues aunque no es nuestro tema de desarrollo, la ineficacia de investigación por parte de Fiscalía General del Estado conlleva siempre a una investigación más factible como es el lavado de activos, si bien se inicia un proceso por lavado de activos, el delincuente evade la justicia, no existe juzgamiento en ausencia, y por lo tanto no podemos recuperar dichos bienes, percatándonos de que no existe una política criminal de recuperación de activos.

No cabe duda del análisis que hemos hecho, el decomiso sin sentencia es una intrusión de una figura no penal en el ordenamiento jurídico penal (Blanco, 2012: 340), ante diferentes situaciones en las que desde el inicio o de forma sobrevenida no existirá responsabilidad penal. Tomando en cuenta, que, en el Ecuador, el proyecto de ley de lucha contra la corrupción establece la incorporación de esta modalidad de decomiso, y señala que únicamente esta modalidad es para delitos de lavado de activos, testaferrismo, terrorismo y su financiación o delitos por tráfico ilegal de sustancias catalogadas a fiscalización, en los siguientes casos: 1. Cuando se haya emitido un auto de llamamiento a juicio, y la persona procesada se encuentra en condición de prófuga. 2. Que la persona haya sido notificada con el auto de llamamiento a juicio (lo que podemos agregar que no tiene sentido, pues la notificación puede darse por medio de la defensoría pública, lo cual no vemos razón para que sea incorporado este numeral). 3. Que la persona contra quién se haya emitido auto de llamamiento a juicio no haya comparecido de manera injustificada, en al menos en dos ocasiones a la audiencia de juicio.

Podemos decir que si se aprueba dicha reforma, la modalidad de decomiso sin sentencia será únicamente para justificar de cierta manera su incorporación en el Código Orgánico Integral Penal, que ha sido implementada prácticamente sin un mayor análisis, pues de forma evidente únicamente se relaciona con una pequeña lista de delitos, cuando el procesado se encuentre prófugo, haciendo falta, por citar unos ejemplos el delito de tráfico de influencias, delincuencia organizada, asociación ilícita, trata de personas, pues como sabemos los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho y concusión pueden ser juzgados en ausencia, o mucho mejor para una recuperación de activos efectiva no debería importar el tipo penal, como es en el caso español. Por otro lado, en el parte del preámbulo del proyecto de ley, hace relación a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al Art. 54.1, a los casos de fallecimiento, lamentablemente en la reforma del Art. 69 del COIP, no hace referencia a dichos casos, tampoco en caso de inmunidad, por causas de inimputabilidad o en general no se imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido.

Pues bien, tenemos entendido que de cierta manera se ha querido restringir dicha normativa, pues se menciona que el decomiso sin sentencia vulnera principios fundamentales como el de presunción de inocencia, aunque teniendo en cuenta que esta es una figura civil, el sujeto propietario de los bienes o la persona que corresponda puede presentar prueba contraria de que los bienes son lícitos, sin existir vulneración a la presunción de inocencia.

Decomiso ampliado

El decomiso ampliado no es más que la posibilidad de decomisar bienes pertenecientes a la persona condenada, bienes que procedan presuntamente de otra acti-

vidad delictiva, esta presunta actividad delictiva sea probada por medio de indicios, y por lo tanto no tienen relación con los hechos por los cuales se ha sido sentenciado.

En palabras de González Cussac J., no es más que la potestad para auditar todo el patrimonio del condenado, una suerte de fiscalización o investigación patrimonial universal. (González, 2016: 16) Por lo tanto, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido una u otras actividades delictivas distintas a aquellas por las que se condena al sujeto (Jaén y Perrino, 2016: 132): otras actividades ilícitas que pudieron ser o no cometidas por el poseedor de los bienes, pues puede darse el caso que este puede actuar como testafierro.

El legislador español, en el Art. 127 bis del Código Penal, establece el decomiso ampliado para delitos de organizaciones criminales, trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores, y de abusos y agresiones sexuales para (menores de dieciséis años, delitos informáticos, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, delitos de corrupción de negocios, delito de receptación, delitos de blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública y seguridad social, delitos de cohecho, delitos de malversación, terrorismo entre otros. La misma norma legal establece que se ordenará el decomiso cuando se resuelva a partir de indicios objetivos y fundados, que los bienes proceden de una actividad delictiva y que no se acredite su origen ilícito, es así como la prueba indiciaria que hace referencia se encuentra establecida en la propia legislación, se trata más bien de una lista de indicios que tiene cierta concordancia con la prueba indiciaria que reconoce la jurisprudencia española para el delito de lavado de activos.

Los indicios incluyen: la desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada, la ocultación de la titularidad de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los objetos, y la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. Insistimos la prueba de indicios es totalmente válida, más bien lo criticable, es que el legislador introduce un problema de gran relevancia pues lo que está haciendo es convertir un indicio, en un delito de blanqueo de capitales, lo que suponemos debe dar lugar a que se le pueda imputar este delito que además va a operar como “indicio” en el decomiso. (Fernández, 2015: 289)

Lo que se vulnera evidentemente, es la inversión de la carga de la prueba, pues el sentenciado es quien tiene que justificar la licitud de los bienes, y por otro lado es que la condena por un delito concreto permite inferir que todos los bienes del condenado respecto de los que no pueda demostrarse su lícita obtención son producto de una actividad delictiva. (Vidales, 2009: 1994 - 1995) Sin embargo debemos tener en cuenta que los bienes, efectos, instrumentos y ganancias decomisadas provienen de ganancias ilícitas del sujeto condenado distintos a los hechos con los cuales se condena, y por lo tanto no han sido objeto de una prueba plena.

El decomiso ampliado plantea problemas constitucionales, dependiendo de la posición a la que se enfoque su naturaleza jurídica, pues a pesar de existir doctrinarios que avalan su naturaleza penal, existen también quienes más bien emiten un criterio de naturaleza civil. Siendo este el kit del asunto pues la naturaleza jurídica va de la mano de las garantías constitucionales pues si se considera de carácter penal debe estar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal.

Esta figura reconocida en España quiere avalar su constitucionalidad, pues desde la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015 establece: “el decomiso no goza de una naturaleza penal sino una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene por ello, una naturaleza más bien civil”. (Matalanes, 2017: 470). Contrario a ello, debemos señalar que más bien se trata de una naturaleza penal pues es consecuencia de una sanción impuesta mediante sentencia condenatoria, por

más que no exista una conexión causal entre el delito que se condena, y los bienes, efectos y ganancias e instrumentos decomisados, no creo conveniente el criterio del legislador español al decir que se trata de una figura civil, pues evidentemente requisito sine qua non es la preexistencia de una sentencia condenatoria. Es así que, Berdugo Gómez de la Torre I., señala que la objeción clave radica en la posibilidad de estar ante un fraude de etiquetas, en el que el legislador formalmente atribuye, a lo que materialmente es penal la naturaleza de consecuencia civil, lo que le permite eludir las garantías constitucionales vinculadas a la utilización de una sanción de naturaleza penal. (Berdugo, 2017: 34)

Compartiendo dicho criterio, estamos ante una figura puramente penal, la cual vulnera las garantías constitucionales decomisando bienes que provienen de supuestas actividades ilícitas que no han sido probadas por lo tanto no se prevé la existencia de una infracción menos la responsabilidad del procesado. En Ecuador no existe una norma análoga en este sentido, hasta el momento no se evidencia en los múltiples proyectos de ley presentados en la Asamblea Nacional la propuesta de incorporar dicha figura, esperando que no se pretenda copiar una figura tan polémica en el ámbito europeo, que a mi parecer puede traer más problemas que los que pretende evitar.

Decomiso de terceros

Esta modalidad de decomiso se justifica en atención a la frecuencia con la que los delincuentes transfieren sus activos a terceros, tratando de evitar su ubicación por medio de maniobras de ocultamiento utilizando personas naturales o jurídicas interpuestas.

Aquí debemos tener presente que el decomiso afecta tanto a responsables del delito, así como a no responsables, sin duda el tercero no es responsable penalmente. La doctrina entiende que reúne esa condición de responsable civil, pues su condena es en el aspecto civil no en el penal. (Cerezo, 2004: 28) Es así, a diferencia del decomiso ampliado, podemos señalar que esta modalidad tiene el carácter civil. Debemos tener en cuenta que se debe presumir la buena fe de la tercera persona, sin embargo, en el caso español es criticable pues incorpora una presunción iuris tantum, en el segundo apartado del Art. 127 quater, en el que cabe sospechar la ilegalidad de la conducta: la transferencia a título gratuito o por precio inferior al real del mercado, el tema de la buena fe del adquirente es un tema extenso, que no será analizado en este caso.

En España, el decomiso de terceros va a permitir el planteamiento sobre la oportunidad de investigar y perseguir posibles delitos de alzamiento, contrato simulado, blanqueo de capitales y encubrimiento. (Martínez, 2017: 970) Por citar un ejemplo: si el sujeto conoce la procedencia delictiva o sepa que han sido transferidos para evitar el decomiso, estaríamos ante una conducta de blanqueo de capitales, mientras que si el tercero hubiera tenido motivos suficientes para sospechar que procedía de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar un decomiso estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia. (Vidales, 2015: 404)

En Ecuador, si se llegaría a incorporar esta figura de igual manera se abriría una investigación por lavado de activos o testaferrismo. Actualmente la única vía que existe, menos efectiva para la recuperación de activos es la tipificación del delito de testaferrismo, específicamente en el Art. 289 del COIP “La persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores, o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público, o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando los bienes, acciones, participaciones, dinero, valores, o efectos que lo representan provengan de la producción, oferta, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, trata de personas, diversas formas de explotación, delincuencia organizada, estafa o que atenten contra los derechos humanos, será sancionado con la misma pena que el delito que lo encubre”. 7

Pues bien, para la recuperación de bienes de terceros, existe un gran problema, pues si dependemos únicamente de este tipo penal, es necesario en primer lugar tal como dice la norma un

delito previo, que en este caso debe existir una sentencia condenatoria, y como consecuencia de ello, otro proceso por un delito de testaferrismo, y a la final en este se podrá recuperar los bienes de terceros. Algo sorprendente, pero en la práctica por no tener otra figura es así, sin duda la recuperación de bienes de terceros, tal como es el tipo penal de testaferrismo es una figura simbólica, pues si el enriquecimiento ilícito llega a ser una figura simbólica no se diga el testaferrismo, resultando criticable el alcance del tipo penal por la deficiente redacción.

En el proyecto de ley de lucha contra la Corrupción, en el cual se establece la reforma del Código Orgánico Integral Penal, agregando un nuevo literal f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada.

Por lo tanto, la norma menciona explícitamente que el tercero debe tener conocimiento de que los bienes proceden del cometimiento de un delito. En primer lugar, una vez que quede acreditado que los bienes están relacionados con la actividad delictiva, corresponde determinar si el actual titular puede ser considerado un tercero de buena fe y su titularidad merece por lo tanto la protección de derechos, debemos tener en cuenta que la buena fe se presume no pudiendo desvirtuarse la presunción mediante simples sospechas. Por lo tanto, se deberá exigir una actividad probatoria que demuestre que el tercero ha adquirido los bienes con conocimiento de que provienen de una actividad delictiva.

Conclusión

Como menciona TERRADILLOS BASOCO Juan, citando a Galeano “nunca nadie en la historia de América Latina ha sido obligado a devolver el dinero que robó: ni presidentes derribados, ni los muchos ministros denunciados por comprobada corrupción, ni los directores de servicios públicos, ni los legisladores, ni los funcionarios que recibieron dinero por debajo de la mesa. Nunca nadie ha devuelto nada,” (Terradillos, 2015: 32) pues es evidente que se trata del panorama ecuatoriano.

Ecuador aún no se encuentra implementada una política de recuperación de activos, como es en otros países tanto europeos con las diferentes modalidades de decomiso, así como en países Latinoamericanos con la figura de extinción de dominio como es el caso de Colombia, Argentina, México (incluso a nivel constitucional), Perú, Costa Rica y Honduras. Por otro lado, no estamos a salvo de la expansión del derecho penal, pues evidentemente con la finalidad de recuperar activos, se han creado tipos penales simbólicos como es el enriquecimiento privado no justificado y el delito de testaferrismo, teniendo presente que el decomiso se llega como fin último acompañado de una sentencia condenatoria, tal es así que se sigue considerando como una pena restrictiva de la propiedad, a diferencia de otros países que en base al cumplimiento de instrumentos internacionales han implementado a la recuperación de activos como una estrategia eficaz de frenar aquellas actividades criminales rentables y lucrativas.

Indiscutiblemente, es necesario reformas jurídicas, implementación de nuevas leyes, y técnicas prácticas que engloban una cooperación internacional además de capacitación sobre el tema a las instituciones involucradas, estamos a la espera de que en Ecuador se dicte una política criminal de recuperación de activos, y así de alguna forma frenar la delincuencia que trae consigo algún beneficio económico.

Bibliografía

Aguado Correa, T. (2015). La Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino. Revista General de Derecho Europeo Número 35, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415706&. Consultado el 25 de Julio del 2016.

Berdugo Gómez de la Torre, I. (2016). La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la Legislación Española. En A. I Pérez Cepeda (Dir), Política Criminal ante el Reto de la Delincuencia Transnacional, (Pág. 593 -636). España: Editorial Tirant to

Blanch.

Berdugo Gómez de la Torre, I. (2017). Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso, *Revista Penal*, No. 40: 22 – 42.

Blanco Cordero, I. (2012). Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). En Eduardo A. Fabián Caparros, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García (Dirs), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción*, (Pág. 337 -371). México: Editorial. Ubijus Editorial S.A de C.V.

Blanco Cordero, I. (2013). El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea, sobre la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional Portugués”. *Revue electrifique de l’AIDP Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42235/1/2013_Blanco_ReAIDP.pdf. Consultado: 30 de Mayo del 2016

Cereijo Soto, A. (2010). Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales del decomiso. *Diario La Ley No, 7457, Sección Doctrina*, 30 de Julio de 2010, Año XXXI. Disponible en <http://laleydigital.laley.es>. Consultado: 30 de mayo de 2018.

Cerezo Domínguez, A. (2004). *Análisis jurídica penal de la figura del decomiso*. España: Editorial Comares.

Fernández Pantoja, P. (2015). Las consecuencias accesorias. En L. Morillas Cueva (Dir), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, (Pág. 269 – 307). España: Editorial Dykinson.

González Cussac, J. (2006). El decomiso y el embargo de bienes. En *Boletín de Información. La armonización del Derecho Penal Español: Una evaluación legislativa*. Ministerio de Justicia España. (Pág. 13 – 19). ISSN-e 0211-4267, Suplemento No. 2015, Año 60, del 15 de junio de 2016.

Gorjón Barranco, M. C. (2014). La extensión del comiso en la actualidad. Algunas reflexiones. En Valencia Sainz A. (Coord), *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: desafíos actuales del derecho*. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/extension-comiso.html>, (Pág. 339 – 344). Consultada el 15 de julio del 2018.

Hava García, E. (2015). La nueva regulación del decomiso. En Quintero Olivares G. (Dir), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, (Pág. 213 – 223). España: Editorial Thomson Reuters Arazandi.

Jaen Vallejo, M., & Perrino Pérez, A. L. (2016). *La recuperación de activos frente a la Corrupción*. España: Editorial Dykinson.

Luzón Peña, D. M. (2003). Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales. En Octavio de Toledo y Ubieto E., Gurdiel Sierra M., Cortés Bechiarelli E., (Coords), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, (Pág. 545 -552). España: Editorial Tirant to Blanch.

Martínez González, I. (2017). El decomiso: una estrategia de política criminal. En Gómez Rivero M., Barrero Ortega A, (Dirs), *Regeneración Democrática y Estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, (Pág. 937 -973), España: Editorial Tirant to Blanch.

Matellanes Rodríguez, N. (2017). Muestras del proceso expansivo del Derecho Penal en materia de corrupción en la reforma del Código Penal de 2015: referencia a la ampliación del decomiso. En Berdugo Gómez de la Torre I, Fabián Caparros E., Rodríguez García N., (Dirs).

Recuperación de activos y decomiso, reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos. (Pág. 449 – 478). España: Editorial Tirant lo Blanch.

Terradillos Basoco, J. (2015). Corrupción, Globalización y Derecho Penal Económico. En Demetrio Crespo E, González – Cuellar Serrano N., Halcones y Palomas: corrupción y delincuencias económica, (Pág. 15 – 51). España: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

Vidales Rodríguez, C. (2009). El comiso ampliado: consideraciones constitucionales. En Carbonell Mateu J. C, González Cussac J., Orts Berenguer E., Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal, Tomo II, , (Pág. 1989 – 2006). España: Editorial. Tirant to Blanch.

Vidales Rodríguez, C. (2015). Consecuencias Accesorias: decomiso Art. 127 a 127 OCTIES). En Gonzalez Cussac J. (Dir), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. (Pág. 393 -416). Edición 2da, España: Editorial. Tirant to Blanch.

Zaragoza Aguado, J. (2008). El comiso de los bienes. En Rodríguez García N. y Fabián Caparrós E., Corrupción y Delincuencia, (Pág. 401 -446). Colombia: Editorial Grupo Editorial Ibáñez.

Zúñiga Rodríguez, L. (2010). Las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad penal. En Berdugo Gómez de la Torre I, (Coord). Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, (Pág. 361 – 373). Tomo I, España: Editorial. Iustel.

NORMATIVA

Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones. Vigencia 10 de agosto del 2014.

Código Penal Español. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> Consultado: 12 de julio de 2018.

Cuarenta Recomendaciones del Grupo Internacional, de fecha 12 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>. Consultado: 15 de junio de 2018.

Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf>. Consultado: 10 de junio de 2018.

Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica de lucha contra la Corrupción, de fecha 25 de julio de 2018. Asamblea Nacional del Ecuador, sección legislamos, sistema de formación de ley. Disponible en <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/07fe312a-4bdf-4a24-9cc3-dblbc97e6235/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20335684.pdf>, Consultado: 03 de agosto de 2018.

Ley Modelo sobre la Extinción de Dominio, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, abril de 2011. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/legal_tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. Consultado el 30 de julio del 2018

Proyecto de Extinción de Dominio, presentado por Carlos Baca Mancheno, Fiscal General del Estado, de fecha 20 de diciembre del 2017. Asamblea Nacional del Ecuador, sección legislamos, sistema de formación de ley. Disponible en <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9b672c73-71fe-461b-969a-a92ff7cdf473/Proyecto%20de%20Ley%20de%20Extinci%F3n%20de%20Dominio%20Tr.%20311647.pdf>. Consultado 18 de julio de 2018.