

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**  
**Colegio de Jurisprudencia**

La viabilidad del concurso real o material en los  
delitos de lavado de activos y asociación ilícita

**Esteban Francisco Cruz Arias**

**Director:**

Xavier Andrade Castillo, Dr.

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogado

Quito, 12 de mayo de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

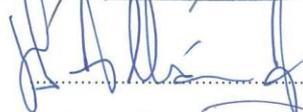
“La viabilidad del concurso real o material en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita”

Esteban Cruz Arias

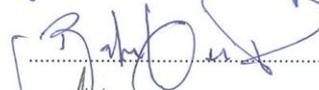
Dr. Xavier Andrade Castillo  
Director del Trabajo de Titulación



Dr. Juan Pablo Albán  
Lector del Trabajo de Titulación



Mgr. Bárbara Terán Picconi  
Lectora del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, mayo del 2017

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO****EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO DE TITULACIÓN**

**TESINA/TITULO:** La viabilidad del concurso real o material en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita

**ALUMNO:** Esteban Cruz Arias

**EVALUACIÓN:****a) Importancia del problema presentado.**

El tema de los concursos tanto material como ideal no es nuevo. Por el contrario, surge de un centenar de años atrás, cuando las conductas realizadas por el acusado podrían encajar en varios tipos delictivos, y con ello, la discusión sobre la pena, legalidad, acción, reincidencia, etc. La creación de nuevos tipos delictivos y la entrada en vigencia de derechos, principios y garantías relativas a la criminalización de conductas y la política criminal de prevención, control y represión, generaron frente a estas viejas instituciones, interesantes e importantes discusiones sobre su debida aplicación. En este mismo sentido, resulta obvio, que los problemas jurídicos de aplicación de esta figura concursal en un proceso de acción penal pública, fueron evidentes. También el protagonismo de los delitos de "cuello blanco" y su sanción a nivel mundial aportaron en esto, incluso ahora, en el momento (al desarrollarse el presente trabajo) existen en la región y el país, importantes procesos de lavado de activos y asociación ilícita que, seguramente buscarán punibilidad bajo el manto de los concursos real o ideal. Entonces, a más de ser un tema vigente, es también uno de aquellos en los que la investigación doctrinaria aparece como necesaria para definir el problema, y encontrarle una solución equilibrada con los derechos de quienes acusan y defienden, con el objeto de aportar en las decisiones judiciales. Por las razones expuestas, el problema planteado por el estudiante hoy por hoy, es justamente, actual y trascendente.

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.**

La hipótesis del problema planteada y sostenida por el investigador a lo largo de los tres capítulos de su trabajo de titulación más conclusiones y recomendaciones, se concentra en el análisis jurídico y revisión del delito de lavado de activos y el de asociación ilícita frente a principios constitucionales y fundamentales del derecho penal. Además se centra en plantear la estructura objetiva de los dos tipos variable de estudio y la sanción aplicable, es decir, sobre la teoría de prevención y retribución punitiva, bajo la observancia de quienes las postulan y defienden y los que las critican. La respuesta al problema que identifica el autor, radica en demostrar que si bien el concurso real o material es jurídicamente sustentado para las conductas penales en general, no es viable particularmente en el delito de lavado de activos, para más bien defender que el concurso ideal es el adecuado, por cuanto jurídicamente y en respeto de derechos constitucionales, es el único que armoniza al sistema de persecución penal de última ratio bajo estricto respeto de garantías y debido proceso. La hipótesis la sustenta a través de la investigación normativa de otras legislaciones y casuística hipotética. También



aborda el estudio de un precedente jurisprudencial (interno) sobre el delito de tráfico de drogas, para argumentar sobre lo que entiende la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana sobre los concursos, sentencia a la que critica y observa metódicamente.

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**

El trabajo de titulación escrito recoge bibliografía de autores nacionales (P. Araujo, 2010; X. Andrade, 2016) y en su mayoría internacionales (España, Chile, Argentina, Colombia y México) cuarenta y cinco textos aproximadamente, encontrando obras que van en ediciones desde 1995 (Santiago Mir Puig, español) hasta el año 2015 (Francisco Ramírez, mexicano), en derecho penal parte general, especial, principios generales del proceso penal y crimen organizado (Ramón de la Cruz, cubano, 2007). Hay obras de derecho constitucional (Rodrigo Uprimny y toros, colombiano, 2006) y de filosofía del derecho como la obra de Luigi Ferrajoli (Derecho y Razón, Madrid, 2005). Los materiales bibliográficos son complementados con información obtenida de una docena de páginas web aproximadamente, generando un completo, suficiente y adecuado levantamiento de información para el desarrollo del contenido argumental, siendo consistente y pertinente para un trabajo de titulación, conforme el tema de los concursos y los tipos penales económicos de blanqueo de capitales y asociación ilícita.

**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**

El desarrollo argumental del presente trabajo abarca tres capítulos más conclusiones y recomendaciones. El primer capítulo, inicia con el estudio de las conductas, es decir, cuando hay unidad o pluralidad. Desarrolla las definiciones y origen del delito continuado (pp. 3-5). Tomas las ideas de Posada Maya y Álvarez Pozo para establecer los criterios de unidad y dualidad de la conducta, indicando que el tema de los concursos son parte de la teoría general del delito (p. 7). Luego continúa con las cuatro teorías que identifican los procesos de unidad o pluralidad de actos, elaborando un primer cuadro con sus características (p. 8) para revisarlas muy superficialmente y de manera simplista. Plantea un tema importante, la necesaria distinción del concurso de leyes penales versus el concurso de delitos, tomando como fuente a la doctrina alemana Mayer y Mezger (p. 12), aunque "curiosamente" decide usar la doctrina italiana para fundamentar su investigación (p. 13) por cuestiones de terminología. En su análisis aborda, las características de los concursos a través de un gráfico (No. 2), aquí es muy breve también en su explicación. Continúa su estudio con la revisión del delito conexo para comparar la ley ecuatoriana con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (p. 20) con lo que termina su capítulo inicial. El capítulo 2 empieza con la revisión criminológica de la asociación ilícita. Presenta una definición desde el punto de vista de la política criminal y la finalidad (p. 22). Continúa con el lavado de activos con opiniones doctrinales de su origen y también sobre la necesidad de su criminalización por referencia de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 junto con la Convención de Basilea sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para lavar dinero proveniente de ilícitos criminales (p. 25). Pasa a realizar una comparación entre el lavado de activos y la asociación ilícita desde su definición hasta marcar las diferencias estructurales en cuanto a su contenido típico (p.28). Aquí establece el autor del trabajo que, ambos delitos son conexos, vinculados y relacionados. Hace una interesante reflexión a partir de lo que denomina

respuestas concursales (pp. 29-32) frente a las dos figuras delictiva de su variable de estudio. Al terminar el estudio doctrinario, expone lo que el Código Orgánico Integral Penal y expone sobre ambos tipos penales, para puntualizar la viabilidad del concurso real en estos delitos, haciendo observaciones y críticas de fondo al señalar contradicciones -sobre la aplicación del concurso mencionado- en su penúltimo y último párrafos (p. 36). Lo relevante aquí es la fórmula de análisis concursal tomado de su estudio doctrinal del capítulo primero. El capítulo 3, final,, desarrolla las posiciones doctrinales a favor y en contra de la aplicación del concurso real desde el punto de vista de la punibilidad de la retribución (p. 38) y garantismo penal (p. 42). Aquí el autor de la tesina confronta y toma en cuenta en esta línea de ideas, las consideraciones y argumentaciones de otras legislaciones como la colombiana (p. 46), venezolana (p. 48), peruana (p. 49), española (p. 51) y ecuatoriana (p. 53). Lo relevante en esta parte es el cuadro de evaluación jurisprudencial sobre concursos con la precisión de sus conceptos y opiniones argumentales (p. 55), que desde luego son críticas y de contexto. Hace una breve reflexión sobre los principios vulnerados en el caso de aplicar el concurso real en estos tipos penales, indicando que la prohibición del doble juzgamiento (p. 56), principio de legalidad (p. 57) y favorabilidad (p. 58), son la clara evidencia y muestra de ello, por lo que, concluye que el concurso real siendo viable en otros casos, es totalmente "inviabile" en el lavado de activos o capitales, y sugiere que lo correcto es la aplicación del concurso ideal. La metodología seguida por el autor de la investigación, a lo largo de sus cincuenta y nueve hojas, verifica sin duda una interesante y actual discusión, complementada con una comparativa y visión desde la normativa internacional y doctrinaria que son bastante amplias, y de esta manera, justificar su hipótesis de manera concreta. Este breve estudio es de aquellos que, finalmente deja clara la postura del investigador a favor del concurso ideal como única opción de respeto de derechos constitucionales.

**e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.**

El plan de investigación para la elaboración de la tesina fue presentado la tercera semana del mes de junio del 2016, a partir de un congreso internacional de derecho penal económico donde se planteó el problema. El 23 de febrero de 2017, junto con el primer borrador del primer capítulo, fueron entregados a mi para su revisión, corrección y observaciones preliminares. Luego de observaciones varias de contenido (delito permanente), ortografía y citas, se entregó junto al capítulo 2, el 3 de marzo, en donde se recomendó la revisión del origen de la Declaración de Basilea y la Convención de Viena de 1988. También se recomendó analizar la doble valoración del tipo, calificación, agravación y análisis de la vulneración de los bienes jurídicos tutelados. El capítulo final (tercero) fue entregado el 16 de marzo, el cual fue observado en el tema de la doctrina retributiva y garantista, particularmente sobre la necesidad de argumentar esta parte, con profundidad doctrinaria, incluso sobre la necesidad de resumir los fallos internacionales citados. El trabajo final con las correcciones señaladas y conforme la agenda de revisión, de contenido y forma fue finalmente, presentado el 27 de marzo -trabajo final- con todas sus correcciones, esto es, nueve meses aproximadamente de investigación y desarrollo argumental. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo.

---

bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos de titulación según las exigencias y reglamento de la USFQ, por lo que, lo apruebo.

FIRMA DIRECTOR

  
DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----

Nombre: Esteban Francisco Cruz Arias

Código: 00107634

C. C. 1713736005

Fecha: Quito, 27 de marzo de 2017

*Agradezco a:*

*Mi madre, por su amor y paciencia.*

*Mi padre, por su ejemplo y apoyo.*

*Mis hermanos, compañeros de vida.*

*Mis abuelos, modelos de trabajo y esfuerzo.*

*Mis profesores, por su compromiso y dedicación.*

*Mis amigos, por su acompañamiento.*

*Y a ti Nathalie, por estar siempre.*

## Resumen

Actualmente, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) tipifica los concursos real e ideal de delitos, por lo que resulta importante conocer los factores que determinan su aplicación, sobre todo en los delitos económicos, en los cuales pueden concurrir los delitos de lavado de activos y asociación ilícita. El análisis doctrinario y jurisprudencial es indispensable para entender el alcance de los tipos de concurso y sus consecuencias jurídicas. Es importante tener un control de aplicación de estos concursos, ya que del otro lado se encuentra una persona que está protegida por principios Constitucionales y fundamentales del derecho penal, además y tratados internacionales.

Dado que la ley penal no basta para entender los distintos tipos de concurso, estos dependen de dos teorías. Las posiciones para la unidad o dualidad del concepto de conducta son un preámbulo para la primera la teoría, denominada como la teoría de unidad y pluralidad de conductas, que se compone a su vez de aproximadamente doce distintas posiciones doctrinarias. Adicionalmente, está la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades, dentro de la cual se encuentran los sistemas concursales, el concurso aparente de tipos, las distintas modalidades concursales, y los concursos real e ideal. Sin embargo, la presente investigación profundizará sobre aquellas que respalden o contradigan la aplicación del concurso real o material, específicamente en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita en el Ecuador, a fin de determinar si es viable o no el concurso real cuando concurren estos dos tipos delictivos.

### **Abstract**

Nowadays, the Organic Integrated Criminal Code (COIP) establishes the real and ideal contests of crimes. Therefore, it is important to know the factors that determine its application, most of all in the economic crimes, in which crimes of money laundering and illicit association can be committed together. The doctrinal and jurisprudential analysis is necessary, conceiving that in Ecuador, as in other countries, public officers are humans. It is possible to speculate on their interpretation based on social conceptions, which makes important to control the application of these contests. On the other side, it is necessary to take into consideration that is an individual who is protected by constitutional and criminal principles, and international agreements.

Criminal law is not sufficient to understand the different types of contests; as a result, the interpretation depends on two theories. The positions of unity or duality of conducts concept are a preamble for the first theory, known as the theory of unity and plurality of conducts. This is composed of approximately twelve different theories. In addition, there is the theory of unity and plurality of types, which include contests systems, apparent contest of types, different contests modalities, and the real and ideal contests. However, the present investigation will focus on the arguments that support or deny the application of the real or material contest, specifically in the crimes of money laundering and illicit association in Ecuador. The purpose is to determine if this application is appropriate when the crimes of money laundering and illicit association are committed at the same time.

## Índice

|  |               |
|--|---------------|
| <b>Introducción.....</b>   | <b>13</b>     |
| <b>CAPITULO I: Concepto y clasificación del concurso de delitos.....</b>   | <b>15</b>     |
| 1.1 La unidad y pluralidad de conductas.....   | 15            |
| 1.1.1 Origen del delito continuado .....   | 15            |
| 1.1.2 Posiciones sobre la unidad o dualidad del concepto de conducta .....   | 17            |
| 1.1.3 Teorías para identificar la unidad y pluralidad de conductas .....   | 19            |
| 1.2 Concurso de delitos y concurso de leyes .....  | 23            |
| 1.2.1 Definición y diferencia .....  | 25            |
| 1.2.2 Clasificación de concurso de delitos.....  | 28            |
| 1.2.2.1 Concurso ideal .....   | 28            |
| 1.2.2.2 Concurso real.....   | 28            |
| 1.2.2.3 Delito continuado .....  | 30            |
| 1.2.2.4 Delito permanente.....   | 31            |
| 1.3 Delitos conexos.....   | 31            |
| <br><b>Capítulo II: El concurso real de infracciones en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana.....</b> | <br><b>33</b> |
| 2.1 Visión criminológica de la asociación ilícita y el lavado de activos.....  | 33            |
| 2.1.1 Asociación ilícita .....   | 34            |
| 2.1.2 Lavado de activos .....  | 35            |
| 2.2 Definición de asociación ilícita y lavado de activos, y su diferencia en cuanto al tipo .....  | 38            |
| 2.2.1 Definiciones.....  | 38            |
| 2.2.2 Diferencias en la tipicidad .....  | 39            |
| 2.2.3 Criterios doctrinarios de resolución concursal .....   | 40            |
| 2.2.4 Respuestas concursales.....  | 41            |
| 2.3 Los delitos de asociación ilícita y lavado de activos en el COIP.....  | 44            |
| 2.3.1 La asociación ilícita como tipo independiente.....   | 44            |
| 2.3.2 La asociación ilícita dentro del lavado de activos .....   | 45            |
| 2.4 La viabilidad del concurso real en el lavado de activos y asociación ilícita.....  | 47            |
| <br><b>Capítulo III: Análisis doctrinal y jurisprudencial a favor y en contra de la aplicación del concurso real.....</b>                                  | <br><b>49</b> |
| 3.1 Doctrinas sobre la acumulación jurídica de penas .....   | 49            |
| 3.1.1 Doctrina retributiva.....  | 50            |

|                                       |   |           |
|---------------------------------------|---|-----------|
| 3.1.2                                 | Doctrina garantista.....  | 54        |
| 3.2                                   | Jurisprudencia comparada.....   | 57        |
| 3.2.1                                 | Consideraciones generales sobre la institución de la acumulación jurídica de penas y su interpretación en el orden jurídico colombiano..... | 58        |
| 3.2.2                                 | Aplicación del concurso real en el fallo resuelto por el ataque contra la etnia Warao en Venezuela .....                                    | 60        |
| 3.2.3                                 | Recurso de nulidad interpuesto contra la aplicación del concurso ideal en un caso sentenciado en Perú .....                                 | 61        |
| 3.2.4                                 | Ratificación e interpretación del Tribunal Supremo Español sobre el concurso ideal .....  | 63        |
| 3.2.5                                 | Recurso de revisión de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.....   | 65        |
| 3.2.6                                 | Balance del análisis de la jurisprudencia .....   | 67        |
| 3.3                                   | Principios vulnerados con la aplicación del concurso real al concurrir el lavado de activos y la asociación ilícita.....                    | 68        |
| 3.3.1                                 | Prohibición de doble juzgamiento .....  | 68        |
| 3.3.2                                 | Legalidad .....   | 69        |
| 3.3.3                                 | Favorabilidad .....   | 70        |
| <b>Capítulo IV: Conclusiones.....</b> |   | <b>72</b> |
| <b>Bibliografía.....</b>              |   | <b>76</b> |

## Introducción

La legislación penal ecuatoriana ha categorizado al lavado de activos como delito, por considerar que su fin es legitimar lo obtenido al margen de la ley, alterando gravemente el orden jurídico y económico del Estado. Para la comisión del delito, generalmente, se incurre en asociación ilícita, y podría entenderse que se trata de dos conductas concurrentes, acepción que resulta equivocada porque realmente se trata de un solo hecho delictivo, conformado por acciones que ya están valoradas dentro del mismo tipo compuesto, siendo necesario analizar si es constitucional y legal la aplicación del concurso real cuando concurren estos dos tipos penales. El delito de lavado de activos se vincula habitualmente con la realización de otros tipos penales como la estafa, receptación, defraudación tributaria, entre otros; no obstante, la presente investigación analiza la concurrencia de delitos económicos de una forma general y específicamente el caso de lavado de activos y asociación ilícita.

Este análisis jurídico plantea que si bien el lavado de activos debe ser juzgado con rigurosidad, también se deben respetar principios constitucionales y fundamentales del derecho penal, entre los cuales se destacan la prohibición de doble juzgamiento, la legalidad y la favorabilidad. Para su análisis, se debe considerar que el lavado de activos es un tipo penal compuesto, que para su perfeccionamiento requiere de un catálogo de acciones, como la de asociarse ilícitamente, conducta que está tipificada de forma autónoma en el artículo 370 del COIP. El tipo de lavado de activos sanciona gravemente porque su comisión comporta varias acciones ilícitas como la asociación señalada; lo que significa que al haber sido determinada la pena contemplando el elemento asociación ilícita, resulta desproporcionado castigarla otra vez como delito autónomo, acumulando penas a través de la aplicación del concurso real, lo que afectaría los principios del debido proceso y seguridad jurídica del procesado.

La hipótesis de este trabajo consiste en demostrar la inviabilidad de aplicar el concurso real de infracciones en caso de concurrir los delitos de lavado de activos y asociación ilícita, y para ello se han analizado posturas doctrinarias que refuerzan o contradicen la aplicación del concurso real de delitos aplicado a diversos tipos penales. En este estudio, se determinará que la aplicación del concurso ideal en delitos

económicos, y consecuentemente en el caso de concurrencia de lavado y asociación, es la más adecuada para precautelar derechos fundamentales del imputado.

El objetivo que esta investigación tiene es realizar una interpretación del artículo 317 del COIP, que tipifica el lavado de activos, conforme a principios constitucionales y de Derecho penal, con el fin de obtener un criterio fundamentado para la aplicación de sanciones en el caso de lavado de activos cuando hay asociación ilícita.

Para una sociedad es de vital importancia que se apliquen de manera adecuada las normas penales, tanto para víctimas como para infractores, considerando que el derecho penal cumple el rol de limitar el poder punitivo del Estado.

En consecuencia, en el caso de lavado de activos, se debe juzgar a los infractores con respeto a las garantías constitucionales, y aplicar con racionalidad los criterios de interpretación de la ley penal, asegurando un proceso judicial que respete tratados internacionales.

El método empleado es un estudio de la doctrina e interpretación de la norma penal, y dado que el COIP reformula la parte de concurrencia delictiva del código de 1971 mediante la tipificación de los concursos real e ideal, se utilizará jurisprudencia comparada que aclare la aplicación del concurso de delitos. El estudio doctrinario sirve para sustentar posturas a favor y en contra de la aplicación de concurso real en casos hipotéticos, con énfasis en los dos tipos penales mencionados.

La investigación está conformada de tres capítulos. El primer capítulo desarrolla las teorías de la unidad y pluralidad de conducta y tipicidades, diferencia el concurso de leyes del concurso de delitos, y explica la relación del concurso con la conexidad. El segundo capítulo parte de una visión criminológica de los tipos de lavado y asociación, conceptualiza los mismos, y analiza sus elementos y diferencias en la tipicidad, para de esta forma exponer la confusión jurídica generada por el COIP respecto de la aplicación del concurso de delitos, específicamente en los tipos de lavado de activos, y la vulneración a principios constitucionales que se producirían al aplicarse el concurso real. Finalmente, el tercer capítulo analiza doctrinal y jurisprudencialmente los fundamentos de las posturas de aplicación del concurso de infracciones y la forma en que se ha aplicado en otras jurisdicciones, proponiendo criterios de aplicación del concurso real.

## **CAPITULO I: Concepto y clasificación del concurso de delitos**

Este capítulo desarrolla el origen del delito continuado, que con posterioridad da lugar a posiciones doctrinarias sobre la unidad o dualidad del concepto de conducta y a las teorías para identificar la unidad y pluralidad de conductas (acciones-hechos); luego trata el concepto y clasificación de la teoría de la unidad y pluralidad de delitos (tipicidades), mediante una previa definición y diferenciación del concurso de leyes y el concurso de delitos, ya que dentro del último se encontrará la clasificación de los concursos real e ideal y las distintas modalidades concursales. Es necesario conceptualizar estos términos a partir del punto de vista de distintos doctrinarios como *base conceptual* de esta investigación. Se analizarán las diferentes modalidades de concurso aplicadas a casos específicos y se dará una breve introducción a los principios que sustenten la hipótesis de este trabajo.

### **1.1 La unidad y pluralidad de conductas**

El debate sobre la unidad y pluralidad de conductas tiene su origen en lo que se ha denominado delito continuado<sup>1</sup>; por este hecho, antes de explicar las teorías de la unidad y pluralidad de hechos se hace un breve resumen del origen del delito continuado y la unidad o dualidad del concepto de conducta. Sobre sus teorías y su clasificación se estudiará en el apartado siguiente.

#### **1.1.1 Origen del delito continuado**

La teoría de la *continuación* surge desde hace siglos, ya que como señala CARRARA los fundamentos de esta doctrina la asentaron los glosadores en la ley 25, del tít. *De furtis*, y en la ley 7, § 5, del tít. *De injuriis*, del *Digesto*, haciendo la distinción de: “cuando el hurto es uno solo (*furtum est unum*), como en el caso en que un individuo roba muchas cosas en un mismo contexto de acción, y cuando diversos hechos se

---

<sup>1</sup> Luis Jiménez de Asúa. *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*. 11ª ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1980, p. 529.

computan por uno, a causa de la continuación (facta diversa *pro uno computantur* ratione continuationis) [cursivas en el original]<sup>2</sup>. Esta descripción se puede ilustrar con el ejemplo de quien robare las manzanas de un árbol sacándolo de una sola vez de raíz, o de quien sustrajera una manzana de dicho árbol a diario hasta haber robado todos sus frutos. Sobre este y otros ejemplos, los profesores del programa de Derecho penal de la Universidad José Carlos Mariategui se refieren de la siguiente manera:

El que realiza, durante una noche, varios actos sexuales con una mujer casada, incurre en un solo delito de adulterio. Igualmente sucede con la falsificación de moneda, en la que el ladrón recoge varios billetes diseminados y se los mete al bolsillo uno después del otro. Descubrir la conducta única no es tarea fácil [...] ¿Se debería ir a escudriñar si el acusado de ultraje violento al pudor se limitó a un solo tocamiento, o puso reiteradamente la mano impúdica sobre la reticente doncella? ¿Se irá a buscar si el que subió sobre el árbol ajeno cogió una sola manzana y con ella quedó satisfecho, o tomó varias de ellas? ¿Si el que injurió o amenazó, profirió una sola palabra ofensiva o más de una? En verdad, los actos fueron varios, y cada uno de ellos tiene en sí cuanto se necesita para representar un delito completo. Pero se caería en el ridículo con esta rigurosa exactitud, haciendo equivaler la multiplicidad de los actos a la multiplicidad de las acciones, sólo porque cada acto representa un delito completo<sup>3</sup>.

En este párrafo plantea varios ejemplos de los problemas que en su tiempo dieron origen a la teoría de la continuación, de la cual proviene el delito continuado. Todos tienen en común el cometimiento de una infracción mediante una multiplicidad de actos que parecerían constituir un delito en sí mismos, pero que si se sancionarían de esa forma, se caería en situaciones de imputación absurdas.

El desarrollo de la teoría de la continuación tuvo un fin benigno en la práctica, puesto que en ese entonces existía pena de muerte para sancionar el tercer robo, y el objetivo de la mencionada doctrina fue “considerar los diversos delitos como un solo delito continuado, con el objeto de aplicarles una imputación global, más grave que la atribuible al delito único, pero nunca equivalente a la suma que resulta de la acumulación de imputaciones correspondientes a cada infracción”<sup>4</sup>. Por lo tanto, el delito continuado tuvo su origen en aspectos prácticos y solución de casos en lo que existía una pluralidad de acciones que tenían un mismo fin delictivo.

---

<sup>2</sup> Francesco Carrara. *Programa de Derecho Criminal*. Volumen I. Bogotá: Temis, 2004, p. 344.

<sup>3</sup> Programa de Derecho Penal de la Universidad José Carlos Mariategui. *El Concurso de Delitos. Lección N° 12*. p. 66. [bv.ujcm.edu.pe/links/cur\\_derecho/DerPenal-I-12.pdf](http://bv.ujcm.edu.pe/links/cur_derecho/DerPenal-I-12.pdf) (Acceso: 13 de febrero).

<sup>4</sup> Francesco Carrara. *Programa de Derecho Criminal... Óp. cit.*, p. 348.

Actualmente, por la forma en la que se acumulan penas, son visibles los rezagos del problema que enfrentaba la teoría de la continuación, al imponerse y sumarse severas sanciones cuando se cometa más de un delito, sin tomar en cuenta la relación que estos tengan y que el fin delictivo requiere el cometimiento de varias acciones integradas, tal como sucede en los Estados Unidos, donde una pena compuesta puede alcanzar innumerables años de prisión, lo que puede conducir a situaciones absurdas e injustas. Por esta razón, para entender a profundidad los ejemplos anteriores, resulta necesario conocer las posiciones doctrinarias sobre la unidad o dualidad del concepto conducta, ya que este es el preámbulo para la identificación de la unidad y pluralidad de acciones y, finalmente, para la unidad y pluralidad de tipicidades.

### **1.1.2 Posiciones sobre la unidad o dualidad del concepto de conducta**

Como ya se ha descrito, el problema del delito continuado lleva a la discusión sobre la unidad o pluralidad de conductas, y dentro de esta, a las posiciones sobre la unidad o dualidad del concepto de conducta o acción, las cuales han sido profundizadas por POSADA MAYA. Este autor, mediante una perspectiva metodológica más sistemática, considera que es necesario precisar “si el concepto básico de conducta [...] es el mismo que se emplea tanto en la teoría del delito como en la teoría del ‘concurso’”<sup>5</sup>. Para esto, los profesores del programa de derecho penal de la Universidad de Navarra, define a la conducta humana utilizada en la teoría del delito como “aquel *proceso (o inactividad) en el que alguien se ve inmerso con cierto autocontrol sobre su curso*”<sup>6</sup>; mientras que Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA, profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México se refiere a la conducta o acción en la teoría del concurso de la siguiente forma: “la acción no implica necesariamente un movimiento corporal, sino que puede estar compuesta por una multiplicidad de estos, por lo que será necesario delimitar los factores que sirven de base para fijar el concepto de unidad de acción”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Ricardo Posada Maya. *Delito Continuado y Concurso de Delitos*. 1era ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad de los Andes, 2012, p. 53.

<sup>6</sup> Programa de Derecho Penal de la Universidad de Navarra. *La conducta humana como elemento del delito*. Lección I, N.11. p. 1. [www.unav.es/penal/delictum](http://www.unav.es/penal/delictum) (acceso: 30/12/2016).

<sup>7</sup> Raúl Plascencia Villanueva. Universidad Nacional Autónoma de México. *Unidad y pluralidad de delitos. Pluralidad de acciones y unidad de delitos*, p. 227. [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/13.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/13.pdf) (acceso: 30/12/2016).

De estas diversas concepciones del concepto de conducta, surgen *dos posiciones doctrinales* generales, de las cuales la primera afirma que “la concepción normativa de ‘conducta’ en el sentido de la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades es completamente distinta y autónoma del concepto de conducta humana empleado en la teoría del delito”<sup>8</sup>. Algunos autores que sustentan esta posición<sup>9</sup> afirman que:

La unidad y pluralidad de “acciones u omisiones” se vincula como uno de los presupuestos de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos, con lo cual se le niega a la conducta un lugar independiente por fuera de la tipicidad, o bien porque se entiende que el concepto en mención cumple funciones metodológicas diferentes en ambas teorías: en la del delito que define y limita de forma valorativa los presupuestos mínimos de la posible materia de intervención del Derecho penal, vinculada a la tipicidad individual (normas de primer nivel), mientras que en el concurso de delitos el hecho o la acción funciona como supra concepto contextual que aglutina toda realización ontológica o naturalística para determinar cuándo es posible considerar la existencia valorativa de una unidad o pluralidad de tipicidades (norma de segundo nivel)<sup>10</sup>.

En cambio, la segunda posición –respaldada por otro sector de la doctrina penal– considera que “el concepto de conducta es bifuncional y progresivo, es decir, no solo sirve como presupuesto de la teoría del delito en un primer análisis específico referido a su existencia propiamente dicha y a su relevancia social mínima requerida, sino que también opera en un segundo nivel de análisis”<sup>11</sup>. En este grupo de doctrinarios, el concepto de conducta posee un sentido más amplio y no tiene fundamento determinar la existencia de una acción y otra para determinar la acción única o la unidad jurídica de acción. Desde esta perspectiva, “no sería necesario elaborar conceptos básicos diferenciados o desdoblar el concepto inicial [de conducta] a través de la creación de un supra concepto como el de hecho, porque el objeto de análisis es el mismo: la conducta humana final y social”<sup>12</sup>. A pesar de que esta perspectiva tiene una gran acogida<sup>13</sup>, es

---

<sup>8</sup> Ricardo Posada Maya. *Delito Continuado... Óp. cit.*, p. 53.

<sup>9</sup> Sobre la ventajas y desventajas de esta teoría véase: Karl Heinz Gossel, “*Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción*”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, N° 21 (oct-dic). Bogotá: Legis, 2017, p. 153 y ss.; Sobre el concepto finalista de la acción, Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. José Cerezo Mir (trad.). Barcelona: Ariel, 1964, pp. 25-36.

<sup>10</sup> Ricardo Posada Maya. *Delito Continuado... Óp. cit.*, p. 54.

<sup>11</sup> *Id.*, p. 56.

<sup>12</sup> *Id.*, p. 57.

<sup>13</sup> Sobre ventajas y desventajas de esta teoría véase: Posada Maya. *Delito Continuado y Concurso de Delitos*. 1era ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad de los Andes, 2012. p. 51.; Tomás Vives Antón. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia,

criticada por algunos, a quienes les resulta inadecuada para la teoría de unidad y pluralidad de acciones.

En relación al concurso del delitos –materia de esta investigación–, estas posiciones contribuyen a entender de mejor manera las teorías de la unidad y pluralidad de acciones, que luego se usan en la unidad y pluralidad de tipicidades. En todo caso, parece ser que la doctrina de la dualidad de conducta es la más adecuada, puesto que como afirma María de la Palma ÁLVAREZ en su tesis doctoral: “no se puede desconocer las implicaciones que la teoría del concurso tiene en la teoría general del delito, ya que solo desde la misma es posible definir los presupuestos de la pluralidad delictiva en general [...] y fijar los elementos de la concurrencia según las distintas figuras delictivas”<sup>14</sup>. Además, la autora considera que la teoría de la pena tiene un rol importante en el entendimiento de las instituciones concursales, ya que el sistema impositivo tiene que responder al contenido de injusto al que se quiera dar una respuesta jurídica<sup>15</sup>.

### 1.1.3 Teorías para identificar la unidad y pluralidad de conductas

Lo primero que hay que aclarar sobre el tema de unidad y pluralidad de conductas, según Carlos CREUS, es el concepto de *unidad de hecho*, puesto que no existe conflicto cuando con una acción se ataca un bien jurídico, sino cuando la misma vulnera varios bienes jurídicos; o, mediante varias acciones se vulnera el mismo bien jurídico protegido<sup>16</sup>. CEREZO MIR concuerda con esta afirmación, y añade que: “en definitiva, se trata de identificar los elementos constitutivos de la unidad de acción”<sup>17</sup>.

Las normas penales, en general, no establecen con claridad el manejo que debe darse a la interpretación de una conducta (unidad de acción), o a una pluralidad de conductas (o de acciones). Este vacío es llenado por construcciones jurídicas (guías interpretativas) de la dogmática y la doctrina, que han desarrollado por lo menos doce teorías para delimitar la unidad y pluralidad de acciones. Estos criterios doctrinales

---

1981.; Armin Kaufmann. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*, Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez (trads.), Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 25.

<sup>14</sup> María de la Palma Álvarez Pozo. *El concurso ideal de delitos*. Tesis doctoral. Universidad de Granada. Granada, 2007, p. 15.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Carlos Creus. *Derecho Penal*. Parte General. 5ta ed. Buenos Aires: ASTREA, 2011, pp. 275 y 276.

<sup>17</sup> José Cerezo Mir. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 1009.

resultan decisivos para distinguir diferentes instituciones en el campo de la unidad y pluralidad de tipicidades, como son: sus distintas modalidades (concurso real e ideal), concurso medial, delito permanente, delito continuado y delito masa, entre otras<sup>18</sup>.

Sin embargo, para POSADA MAYA, estas teorías son interpretativas o hermenéuticas, y tienen la finalidad de facilitar la labor de los operadores jurídicos en cada caso concreto, sin menoscabar su importancia político-criminal, ya que su estudio refuerza la vigencia de principios importantes como la legalidad, proporcionalidad, ofensividad material y su tratamiento más allá del concurso, cuya aplicación indebida podría afectar garantías constitucionales del inculpa<sup>19</sup>. Por su parte, CREUS realiza su clasificación de las mencionadas teorías para determinar la unidad de hecho, con base en una distinción entre criterios subjetivos, objetivos, y una combinación de ambas<sup>20</sup>.

### Cuadro 1: Principales teorías para delimitar la unidad o pluralidad de acción<sup>21</sup>

| 1. Teoría de la acción ontológica   | 2. Teoría jurídica del número de resultados  | 3. Teoría del número de tipos   | 4. Teoría final o teleológica  |
|---|--|---|--|
| [...] La acción es la conducta como manifestación de voluntad que trasciende en el derecho, en la medida en que sus consecuencias pueden ser imputadas al agente porque producen un resultado o un cambio en el mundo exterior que se relaciona objetiva-subjetivamente con dicha manifestación de voluntad <sup>22</sup> . | La acción o conducta en el ámbito concursal se entiende como “unidad de hecho”, es decir, como la voluntad concreta del agente en cuanto comportamiento que realiza el contenido del tipo penal del que se trate, con independencia de la materialización de otros tipos penales mediante la misma acción. | Para esta teoría, cada fragmento de la conducta total es típico, con independencia no sólo del número de acciones naturales realizadas, sino también de que las mismas estén dirigidas hacia un mismo fin voluntario. | En esta se deben examinar de manera cuidadosa dos elementos distintos, pero complementarios: en primer lugar, la proposición de un fin voluntario y el plan criminal concreto trazado de manera previa por el autor. |

Del conjunto de teorías para delimitar la unidad o pluralidad de acción se resumen solo tres, por su relevancia histórica y teórica. El cuadro 1 resume esas posiciones doctrinales.

<sup>18</sup> Ricardo Posada Maya. *Delito Continuado... Óp. cit.*, pp. 60 y 61.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> Sobre esta clasificación véase: Carlos Creus. *Derecho Penal. Parte General*. 5ta ed. Buenos Aires: ASTREA, 2011, pp. 276-279.

<sup>21</sup> Ricardo Posada Maya. *Delito Continuado y Concurso de Delitos*. 1era ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad de los Andes, 2012, pp. 60-130.

<sup>22</sup> Franz Von Liszt. *Tratado de derecho penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano. Tomo III. Madrid: Reus, 1916, pp. 297 y ss.

La primera teoría es básica y enfatiza el hecho de que una consecuencia pueda imputarse porque produce un resultado en el mundo exterior, relacionado a la voluntad con la que se cometió el mismo. La segunda teoría, está relacionada a los tipos a los que se refiere la presente investigación, ya que el lavado de activos es un delito de resultado, mientras que la asociación ilícita es un delito de peligro, y para esta teoría:

En los tipos de resultado material el número de “unidades de hecho” depende, como de manifestaciones de voluntad concreta del sujeto, del número correlativo de resultados materiales, eventos o efectos reales producidos e integrados en el contenido del tipo del injusto, mientras que en los delitos de mera conducta dicha realización comprende los resultados de peligro, o en general los resultados en sentido jurídico que incluya el supuesto de hecho<sup>23</sup>.

Esta teoría, además de ser irrelevante para una futura determinación de unidad o pluralidad de tipicidades, resulta idealista para POSADA MAYA, porque postula que toda infracción típica requiere no solo de la acción voluntaria, sino también de la realización completa del resultado. El hecho de que el número de acciones dependa del número de resultados materiales producidos, la convierte en desacertada porque una sola acción puede producir varios resultados materiales o de peligro, además de que ciertos tipos de resultado requieren de una o varias acciones que a su vez constituyen un delito de peligro, como el caso del lavado de activos y la asociación ilícita. La tercera teoría parecería la menos apropiada porque fragmenta la conducta y hace típica cada acción independientemente del número de estas y que las mismas estén dirigidas hacia un mismo fin<sup>24</sup>.

WELZEL y ZAFFARONI acogen la teoría final o teleológica de la unidad de acción –que es la cuarta doctrina expuesta en el cuadro 1– y aduce el segundo que “cuando hay un solo movimiento, sólo puede haber una conducta”, y pone como ejemplo el caso de una bomba que mata o hiere a varias personas. Pero, el problema surge –en la mayoría de casos– cuando hay varios movimientos conductuales, ya que para que se considere que “varios movimientos sean una conducta, es necesario que haya un factor final que les dé sentido (el plan unitario), pero también es necesario que haya un factor normativo (jurídico) que la convierta en unidad de desvalor”<sup>25</sup>. WELZEL ya se había referido

---

<sup>23</sup> Ricardo Posada Maya. *Delito Continuado... Óp. cit.*, p. 66.

<sup>24</sup> *Id.*, pp. 65-75.

<sup>25</sup> Eugenio Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 2da ed. Buenos Aires: EDIAR, 2006, p. 672.

previamente al factor final como: el ponerse un fin voluntariamente, y al factor normativo como: el enjuiciamiento jurídico social a través de los tipos<sup>26</sup>. De esta perspectiva hay que rescatar para esta investigación los conceptos de plan unitario y factor normativo.

Una vez resumidas las teorías sobre la unidad y pluralidad de conductas, corresponde tratar la teoría sobre la unidad y pluralidad de tipicidades. Para la doctrina alemana, VON LISZT ya mencionaba lo siguiente:

El delito es un acto; es decir, un cambio en el mundo externo, atribuible a la voluntad humana [...]. Si sólo hay un acto, resulta que sólo se da un delito. Pero también una pluralidad de actos puede ser considerada por el legislador como un solo delito y ser castigada como una sola pena. El examen del problema de si existe un solo delito, o si se dan varios, supone, pues, la solución de una cuestión previa: la de si nos encontramos con un solo acto o con una pluralidad de acciones<sup>27</sup>.

MIR PUIG concuerda con VON LISZT en que el problema de la unidad o pluralidad de tipicidades tiene que superar primero el filtro de la teoría de la unidad y pluralidad de acciones. El inconveniente sobre la unidad o pluralidad de delitos se debe a que, si bien el sistema penal afronta regularmente una conducta penalmente relevante que se ajusta a un solo “supuesto de hecho”, existen también complejidades en la práctica jurídica<sup>28</sup>.

Para resolver las complejidades prácticas en las aplican la unidad y pluralidad de tipicidades, surgen los concursos y las distintas modalidades concursales, sobre los cuales los profesores MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN manifiestan que se originan cuando “una o varias personas cometen, con una o varias acciones, dos o más delitos que son valorados conjuntamente en un mismo proceso”<sup>29</sup>. Para estos autores, tradicionalmente el concurso de delitos se estructura para el estudio del concurso ideal (unidad de acción y pluralidad de delitos) y real (pluralidad de acciones y de delitos), pero esta división va más allá en el Código Penal Español y se junta con los casos de pluralidad de acciones y unidad de delito (delito continuado y delito masa) y de pluralidad de acciones y delitos, tratada como si de un concurso ideal se tratase (concurso ideal impropio). MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN concluyen que

---

<sup>26</sup> Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. Traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 265.

<sup>27</sup> Franz Von Liszt. *Tratado de derecho...* *Óp. cit.*, pp. 144 y 145.

<sup>28</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal*. Parte General. 2da ed. Barcelona: PPU, 1985, pp. 588.

<sup>29</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal*. Parte General. 8va. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 469.

“corresponde a la Teoría del Delito establecer las líneas básicas que permitan diferenciar unos supuestos de otros y las razones por las que deben diferenciarse”<sup>30</sup>.

Existe una amplia gama de criterios sobre que define la unidad o pluralidad de tipicidades, por lo que no hay un acuerdo doctrinal ni jurisprudencial. De todas formas, para POSADA MAYA:

Se puede sostener que la naturaleza del bien jurídico tutelado [...] y la necesidad político-criminal de proteger en especial el sustrato valorativo que este representa de forma individual o conjunta –mediante la valoración total del ilícito- son los únicos criterios validos que darán la pauta adecuada, en el caso concreto, para determinar una serie de afectaciones progresivas o concurrentes contra el bien jurídico pueden ser consideradas o no como un injusto unitario o diversos injustos, y en consecuencia, determinar la existencia de uno o varios tipos penales –con independencia del número de acciones- y su condigna sanción jurídico-penal<sup>31</sup>.

Finalmente, las teorías de unidad y pluralidad de conductas son las que los magistrados deberían tomar en cuenta previo al análisis de la unidad y pluralidad de tipicidades, a fin de que exista una correcta aplicación de los distintos tipos de concursos, y dependerá de cada uno ellos emplear la posición que considere conveniente en el caso concreto. Cada teoría incorpora en su esencia un tinte que favorece la aplicación del concurso real (acumulación jurídica de penas) en la mayoría de casos siendo visiblemente retributiva, mientras que otras promulgarán la aplicación del concurso ideal (absorción de penas), siendo así garantistas y privilegiando los derechos del supuesto infractor, lo cual se detallará en el siguiente capítulo.

## 1.2 Concurso de delitos y concurso de leyes

Es importante diferenciar el concurso de leyes y el concurso de delitos, ya que como menciona FONTÁN BALESTRA, “la doctrina de vieja tradición funde el concurso aparente de leyes con el concurso formal de delitos, lo cual no resulta aceptable”, puesto que en el concurso de leyes lo que se trata de saber es como aplicar la ley cuando es aparentemente posible un encuadramiento múltiple de hechos. En cambio, en el concurso formal o ideal de delitos, se trata de una acción que *efectivamente* viola varios preceptos penales; y, por tanto, no existe apariencia, sino que el hecho cae bajo dos o

---

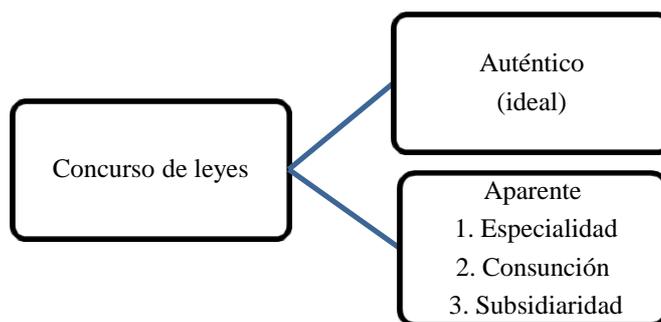
<sup>30</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán en su libro: *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 469.

<sup>31</sup> Ricardo Posada Maya. *Delito Continuado... Óp. cit.*, p. 172

más tipos que no son incompatibles entre sí<sup>32</sup>. El concurso aparente o concurso de leyes se interpreta a través de la hermenéutica jurídica de la ley aplicable en el ámbito de una concurrencia aparente de tipos previstos en la ley especial, y constituye para FONTÁN BALESTRA “un punto especial de la teoría de la interpretación”<sup>33</sup>, mientras que el concurso de delitos se resuelve por preceptos y limitaciones (reglas a seguir). En el caso ecuatoriano, estos preceptos están contenidos en el COIP<sup>34</sup>.

Cabe aclarar que la doctrina alemana profundizó este tema más que la italiana. Así, los profesores alemanes MAYER y MEZGER consideraron que el denominado concurso ideal es el verdadero concurso de leyes, pues varias leyes se ajustan aparentemente al caso concreto, pero se excluyen entre sí por motivos jurídicos<sup>35</sup> (véase gráfico 1).

**Gráfico 1: Concurso de leyes<sup>36</sup>**



Sin embargo, después de un análisis sobre la finalidad de las indagaciones acerca de la cantidad de acciones<sup>37</sup>, dicho autor concluye que la discusión acerca de si el concurso ideal debe concebirse como un concurso de leyes o concurso de delitos resulta infructuosa e imposible. Por ende, el gráfico anterior es una referencia para comprender la visión alemana, pero ya que el mismo MAYER reconoce que es irrelevante esa

<sup>32</sup> Carlos Fontán Balestra. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 2da ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 247.

<sup>33</sup> Carlos Fontán Balestra. *Tratado de Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 247.

<sup>34</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 463.

<sup>35</sup> Edmund Mezger. *Derecho Penal. Parte General*. 2da ed. México D.F: CED, 1990, p. 345.

<sup>36</sup> Max Ernst Mayer. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: B de F, 2007, pp. 620-629.

<sup>37</sup> Sobre la determinación de la cantidad de delitos concretos, *vid.* Max Ernst Mayer. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 628.

distinción, en esta investigación se usará la terminología de la doctrina mayoritaria, que es la italiana, la cual comprende al concurso ideal como parte del concurso de delitos<sup>38</sup>.

### 1.2.1 Definición y diferencia

El concurso de infracciones es conocido también en la doctrina como concurso de delitos<sup>39</sup>, y ocurre cuando el actor ha violado dos o más normas penales, y los hechos delictivos que provocan tal violación tienen la capacidad de “funcionar autónomamente, sin que la aplicación de una absorba o elimine a la otra”, por lo que “supone la concurrencia efectiva de las figuras penales para ser aplicadas al mismo hecho o a los mismos hechos incriminados”<sup>40</sup>. Por su parte, Claus ROXIN, al referirse a la teoría del concurso, afirma que este tiene lugar cuando varias infracciones del mismo autor están en un proceso para su enjuiciamiento, y estas convergen, por lo que el legislador alemán planteó en estos supuestos distintas consecuencias jurídicas en función de si las infracciones se fundan en una o varias acciones<sup>41</sup>.

El tipo de concurso –ya sea real o ideal– varía dependiendo de si el agente ha producido estas lesiones autónomas con una acción (un solo hecho), o las cometió a través varios hechos independientes entre sí. Para María Eloísa QUINTERO, profesora investigadora del INACIPE<sup>42</sup>, la importancia se encuentra en la determinación de la pena, por lo que añade:

La relevancia del concurso se traduce principalmente en la forma de aplicación y determinación de las penas. Ello así porque cuando surgen pluralidad de infracciones a la ley (violaciones a diversos tipos penales) la disputa consiste en definir si las mismas se dieron en un solo hecho o acción, es decir, bajo el sentido de unidad de acto, o bien el único punto en común es que a todas dichas acciones las ejecutó el mismo actor, o bien estas recaen sobre el mismo sujeto pasivo. En otras palabras, puede que exista concurso, o bien, solo se trate de una necesidad de acumulación de causas<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Max Ernst Mayer. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 628.

<sup>39</sup> Así se refieren Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán en su libro: *Derecho Penal...* *Óp. cit.*, p. 463.

<sup>40</sup> Raúl Goldstein. *Diccionario de derecho penal y criminología*. 2da. ed. Buenos Aires: ASTREA, 1983, p.139.

<sup>41</sup> Claus Roxin. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. *Especiales formas de aparición del delito*. España: CIVITAS, 2014, p. 941.

<sup>42</sup> Siglas del Instituto Nacional de Ciencias Penales, en México.

<sup>43</sup> María Eloísa Quintero con la colaboración de Zaira Pérez Figueroa. *Concurso de Delitos*, p. 5. [www.inacipe.gob.mx/stories/.../CAPÍTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf](http://www.inacipe.gob.mx/stories/.../CAPÍTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf) (Acceso: 13 de febrero de 2017).

Existe una línea muy delgada y difícil de determinar para diferenciar al concurso de delitos del concurso aparente de leyes, como lo afirma la profesora Fabiola PEÑA CASTILLO<sup>44</sup>. MIR PUIG aclara esta diferencia estableciendo que cuando un sujeto es condenado por varios delitos, esto obligará a decidir previamente cuando concurre unidad y pluralidad de delitos, lo que presupone la cuestión de unidad y pluralidad de acción, además de distinguir los dos casos de pluralidad de delitos que son: el concurso real y el ideal. En cambio, cuando se suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aparentemente aplicables a un hecho cuando, sin embargo, solo una debe aplicarse, se plantea el tema del concurso de leyes<sup>45</sup>. En definitiva, sobre el concurso de leyes, como afirma HERNÁNDEZ PLASENCIA resumiendo las posturas de varios doctrinarios, “el fundamento se encuentra en la evitación de castigar dos veces el mismo hecho por dos o más normas, o sea, para no violar el principio *non bis in ídem*, cuando una sola de las concurrentes es suficiente por sí misma para aprehender el desvalor total de la conducta”<sup>46</sup>.

ZAFFARONI diagrama la división como se muestra en el gráfico 2, y plantea que un caso de concurso real aparente es el delito continuado, el cual será definido más adelante; mientras que, los casos de concurso ideal aparente se descartan conforme a tres principios de interpretación de las relaciones entre los tipos penales<sup>47</sup>. Estos tres principios son:

Especialidad, cuando un tipo contiene todos los elementos de otro más algunos propios. Se trata de un *encerramiento conceptual* que puede ser expreso en la ley con la fórmula *si no resultare otro delito más severamente penado* o análoga.

Consumción, que opera cuando media un *encerramiento material*, o sea, cuando un tipo agota el contenido prohibitivo del otro. Puede ser que el delito anterior consuma al posterior, que el hecho resulte copenado o que el otro hecho resulte consumido por su insignificancia de magnitud frente a la magnitud del desvalor de la otra tipicidad. También se da la consumción del acto preparatorio eventualmente típico por parte de la tentativa.

Subsidiariedad, lo que se opera es una *interferencia por progresión* cuando la consumación excluye la tipicidad de la tentativa o la del delito consumado en su curso.

---

<sup>44</sup> Fabiola Peña Castillo. “El concurso aparente de leyes en la justicia nicaragüense”. *Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana* (2013), p. 59.  
[www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/1003/826](http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/1003/826) (Acceso: 3 de febrero de 2017).

<sup>45</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal... Óp. cit.*, pp. 589-590.

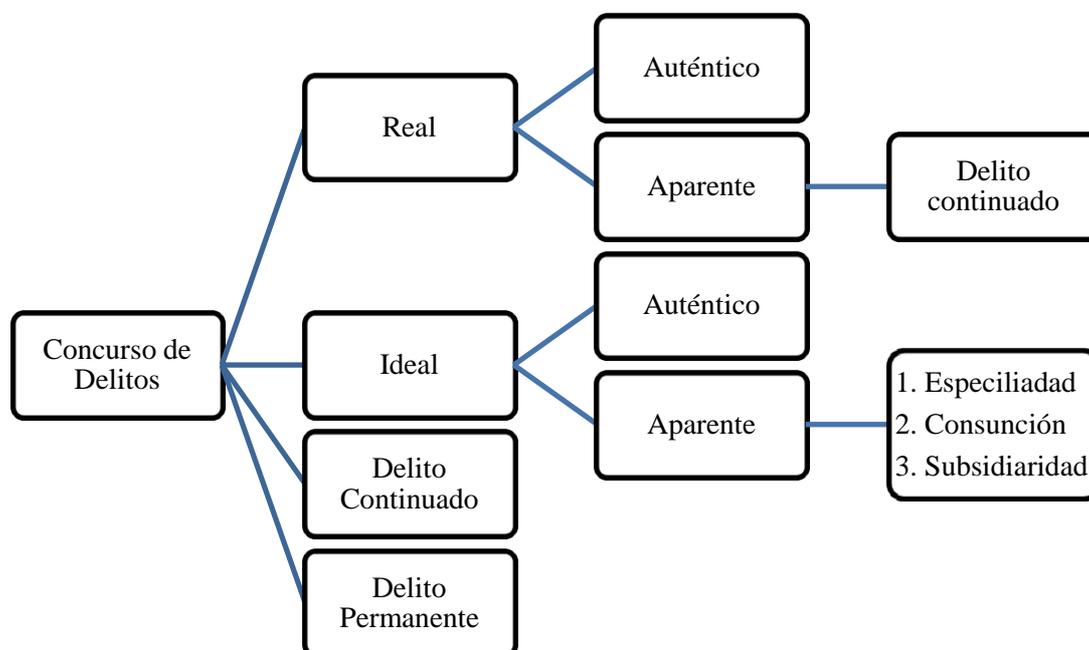
<sup>46</sup> José Ulises Hernández Plasencia. “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?” *Anuario de la Universidad de la Laguna* (1994), p. 116.  
[www.boe.es/publicaciones/anuarios.../abrir\\_pdf.php](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios.../abrir_pdf.php) (Acceso: 22 de febrero de 2017).

<sup>47</sup> Eugenio Zaffaroni. *Estructura Básica del Derecho Penal*. 1era ed. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 45.

No agota conceptual ni materialmente la otra tipicidad, sino que la interfiere, o sea, que si cesa el mecanismo interferente, esta vuelve a operar<sup>48</sup>.

Dada la similitud de términos, es necesario prever minuciosamente las características de cada tipo de concurso, ya que una confusión de términos influiría directamente en el análisis del supuesto y la determinación de la pena. Es por esto necesario que los funcionarios desglosen los mismos y realice todos los pasos necesarios para determinar las teorías de unidad y pluralidad de conductas, previo al análisis de pluralidad de tipicidades, que es donde se encuentran los diferentes concursos.

**Gráfico 2: Tipos de concurso**<sup>49</sup>



Por tanto, el concurso de leyes se produce cuando uno o varios resultados reúnen los elementos de varios tipos legales concurrentes aparentemente aplicables a un hecho, pero solo una de las disposiciones penales debe emplearse; mientras que el concurso de delitos supone una acumulación delictiva resultante de acciones que efectivamente violaron diferentes disposiciones penales. Esta investigación se centra en el concurso de delitos.

<sup>48</sup> Eugenio Zaffaroni. *Estructura Básica...* Óp. cit., p. 45.

<sup>49</sup> Elaborado por el autor.

## 1.2.2 Clasificación de concurso de delitos

La clasificación que se propone a continuación fue desarrollada por MUÑOZ CONDE y ZAFFARONI, y ya se expuso en el gráfico 2. Esta descripción es más detallada a fin de tener un espectro más amplio de cada modalidad concursal.

### 1.2.2.1 Concurso ideal

Dentro del concurso de infracciones, el *concurso formal o ideal* se da cuando, en un caso concreto, no ha existido pluralidad de delitos, sino unidad delictiva y, por tanto, no obstante de las apariencias, la imputación debe ser simple<sup>50</sup>. GOLDSTEIN afirma que “la apariencia de la multiplicidad se debe a que el autor ha incurrido en la violación de varias disposiciones penales, mereciendo [supuestamente] por ello más de una calificación delictuosa”<sup>51</sup>. Por su parte, ZAFFARONI aduce que, en caso de darse una conducta, únicamente podrá existir un delito, aunque concurren varios tipos legales y, en consecuencia, habrá una sola pena<sup>52</sup>. El catedrático Xavier ANDRADE CASTILLO concuerda con estas definiciones y en que se trata de varias conductas independientes que implican un solo delito por tener el mismo fin delictivo<sup>53</sup>.

El curso concurso ideal puede ser homogéneo cuando existe unidad de acto, como en el caso de que una persona coloque una bomba; o, puede ser heterogéneo cuando éste lesiona, roba, asesina mediante una pluralidad de actos<sup>54</sup>. En este tipo de concurso, el delito más grave absorbe a las otras conductas penales.

### 1.2.2.2 Concurso real

El concurso real o material se presenta cuando hay pluralidad de actos independientes, que producen una pluralidad de delitos. Es así que GOLDSTEIN lo define como: “un caso de reiteración delictiva, que presupone una delincuencia real y normativamente plural, sin que las distintas unidades dependan entre sí”<sup>55</sup>. ZAFFARONI,

---

<sup>50</sup> Raúl Goldstein. *Diccionario de derecho penal... Óp. cit.*, pp. 139-140.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Eugenio Zaffaroni. *Estructura Básica... Óp. cit.*, p. 180.

<sup>53</sup> Xavier Andrade. *Viabilidad del Concurso material en Delitos Económicos*. Congreso de Derecho Penal Económico del 20 al 24 de junio, 2016.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Raúl Goldstein. *Diccionario de derecho penal... Óp. cit.*, pp. 139 y 140.

en cambio, expresa que, si hay varias conductas típicas entonces existirán varios delitos y varias penas.

Por otro lado, POSADA MAYA indica que para que se configure este instituto se deben reunir las siguientes exigencias fundamentales:

- a) Pluralidad de acciones independientes
- b) Multiplicidad de infracciones penales
- c) Unidad de imputado (sujeto activo)
- d) Unidad o pluralidad de sujeto pasivo
- e) Posibilidad de que se configure una unidad de proceso judicial para todos los delitos

Tanto en el concurso ideal como en el real la pena es única; pero, como bien expresa ZAFFARONI, “la del concurso ideal se forma mediante la absorción que la mayor hace de las menores, en tanto que en el concurso material se forma mediante la acumulación de todas, con los límites [...]”<sup>56</sup>. Los límites a que se refiere este autor son los impuestos por cada legislación, que en el caso ecuatoriano es de “hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años”<sup>57</sup>.

PRIETO y PIÑOL condensan las perspectivas de Códigos europeos, del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Código Español, y manifiestan que:

En los Códigos austriaco, suizo y francés se contempla pena unitaria para los concursos real e ideal, posición compartida por algún sector doctrinal en España (Vives, Bustos y Cuello Contreras).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional trata el concurso de la siguiente y tan recomendable manera:

Art. 78.3: «cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común a la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1.b) del art 77» (cuando o justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado).

El Código Español de 1995 sigue la tradición legislativa de la acumulación material o jurídica para el concurso real y de la absorción con agravación para el concurso ideal<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Eugenio Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal...* Óp. cit., p. 678.

<sup>57</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículo 20. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>58</sup> Ángel Judel Prieto, y José Piñol Rodríguez. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. 4a. ed. Navarra: Aranzadi, SA, 2006, p. 425.

En esta cita se pueda notar la forma diferente de tipificar los concursos reales e ideales, en diversos órdenes jurídicos penales. Los mismos constituyen una referencia sobre la forma de aplicación de estos concursos en otras jurisdicciones.

Continuando con el estudio del curso real, para Andrés DÍAZ GÓMEZ, investigador de la Universidad de la Rioja: “el concurso real no parece crear excesivos problemas y discusiones en la dogmática penal, al menos no al nivel de las demás tipologías concursales. El problema será, pues, la decisión del castigo a imponer”<sup>59</sup>. Cabe recordar que las teorías que determinan la acción o unidad de acción y la unidad y pluralidad de tipicidades son fundamentales para la aplicación de una pena acorde a la infracción cometida.

Por ende, el concurso real se distingue por la independencia de actos delictivos, que constituyen una pluralidad de tipos y pueden configurarse en un mismo proceso judicial, mediante una acumulación jurídica de penas.

### 1.2.2.3 *Delito continuado*

En relación a la pluralidad de acciones y unidad de delito, el delito continuado, o concurso real aparente, se produce –según ZAFFARONI– “cuando existe una conducta reiterada” y [...] media una *única decisión* (dolo unitario) que abarca la realización de todas las reiteraciones y éstas se traducen en un grado *mayor de lesión al bien jurídico* (mayor contenido ilícito del hecho)<sup>60</sup>. En cambio, para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, éste consiste “en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza”<sup>61</sup>. Ésta ficción jurídica se caracteriza porque cada una de sus acciones representa por sí misma un delito consumado, pero todas ellas deben juzgarse como un solo delito.

---

<sup>59</sup> Andrés Díaz Gómez. *Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos*, p. 313. [www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diaz.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diaz.pdf) (Acceso: 23 de enero de 2017).

<sup>60</sup> Eugenio Zaffaroni. *Estructura Básica...* *Óp. cit.*, p. 184.

<sup>61</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal...* *Óp. cit.*, p. 469.

#### 1.2.2.4 Delito permanente

El delito continuado se suele confundir con el delito permanente. Sin embargo, en el delito permanente hay una sola acción que se prolonga en el tiempo (secuestro), mientras que en el delito continuado hay una pluralidad de acciones que configuran un solo delito (robo de un cajón sustrayendo una parte en repetidas ocasiones). Por tanto, estos dos tipos de delito son relevantes para la presente investigación y se desarrollarán más adelante, ya que el lavado de activos es un tipo que requiere de una serie de acciones constitutivas y violatorias de un mismo bien jurídico protegido, que es el orden económico del Estado (delito continuado), y la asociación ilícita se compone de un acuerdo delictivo que permanece en el tiempo (delito permanente).

### 1.3 Delitos conexos

La conexidad se refiere al tratamiento jurídico penal (procesal y sustantivo), que se da a conductas que tienen un elemento en común que las vincule, y puede ser procesal o sustancial. Procesal en cuanto al tratamiento del proceso que debe darse a los diferentes tipos y como un instrumento de economía procesal; mientras que la conexidad sustancial, hace referencia al enlace o unión de conductas que pueden adecuarse a varios tipos penales<sup>62</sup>. Una vez que ha expuesto la clasificación del concurso de delitos, es importante tratar la conexidad, ya que procesal y sustancialmente tiene una relación directa con el concurso real y en un menor grado con el concurso medial. La conexidad en la práctica se podría resolver aplicando el concurso real, y el concurso medial resulta una de las circunstancias que pueden darse para que exista conexidad.

Para explicar las características del delito conexo, se comparan su tipificación en la legislación penal española y ecuatoriana. Como muestra la tabla 1, las circunstancias del COIP se encuentran inmersas en la española, y concuerdan en que habrá un solo proceso cuando las acciones u omisiones realizadas se produjeron con unidad de tiempo, lo cual se asimila al concurso real; o, fueron cometidas con el fin de consumir u ocultar otros delitos, situación que se equipara a la del concurso medial.

---

<sup>62</sup> Eugenio Fernández Carlier. *Estructura de la tipicidad penal*. 3era ed. Bogotá D.C: IBAÑEZ, 1999, p. 318.

**Tabla 1: El delito conexo en la legislación penal española y ecuatoriana**

| Ley de Enjuiciamiento Criminal Española <sup>63</sup>  | COIP <sup>64</sup>  |
|--|---|
| 1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.<br>2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.<br>3. Los cometidos como medio para perpetrar otro, o facilitar su ejecución.<br>4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.<br>5. Los diversos delitos que se imputen a una persona, al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieran sido hasta entonces sentenciados | Art. 406.- Conexidad.- Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave.<br>Hay conexidad cuando:<br>1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo.<br>2. Se imputa a una persona la comisión de varios hechos punibles si se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros |

Lo que diferencia a ambas legislaciones, en cambio, es el hecho de que la legislación española se refiere a la posibilidad de que dos o más personas incurran en el tipo (plural). Además, esta permite conexidad cuando procesos anteriores contra la misma persona no han sido sentenciados todavía mientras que el COIP no prevé esta posibilidad y se refiere a una persona que cometa una o varias infracciones (singular).

Los delitos conexos por tanto, se caracterizan en Ecuador por ser perpetrados en uno o varios sitios, con una o varias acciones realizadas al mismo tiempo, o con el fin de consumir o mantener otros en impunidad.

En consecuencia, es visible la relación de la conexidad con el concurso real, ya que la finalidad es que cuando se susciten las circunstancias anteriormente planteadas, exista un solo proceso penal que determine la sanción que corresponde a los diferentes hechos punibles cometidos. La diferencia consistiría en que en la conexidad se podrían conectar hechos cometidos en distintos lugares con unidad de tiempo, mientras que en el concurso real los delitos se cometen normalmente en el mismo lugar.

<sup>63</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Art. 17. [www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf](http://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf) (Acceso: 4 de marzo de 2017).

<sup>64</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 406. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

## **Capítulo II:**

### **El concurso real de infracciones en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana**

Este capítulo analiza los delitos de lavado de activos y la asociación ilícita, partiendo de una perspectiva criminológica que es fundamental para entender el trasfondo de la aplicación de las teorías de la unidad y pluralidad de conductas; y, sobre todo, la unidad y pluralidad de tipicidades (concurso) que podrían ser interpretadas y empleadas por los distintos operadores de justicia. Además, define los tipos de asociación ilícita y lavado de activos y diferencia su estructura en la tipicidad, brindando además criterios doctrinarios y respuestas concursales para el caso en que estos concurren. Es posible identificar la imprecisa redacción de una parte del artículo 317 del COIP, que podría interpretarse erróneamente y vulnerar principios fundamentales del Derecho penal. Por esta razón, separa el tipo de asociación ilícita autónomo de aquel que menciona el COIP dentro del lavado de activos, ya que el segundo genera una confusión respecto de la aplicación del concurso real. Finalmente determina que este tipo de concurso no es viable en caso de concurrir los tipos de lavado y asociación ilícita, porque al hacerlo se vulnerarían principios fundamentales del derecho penal y derechos constitucionales como: la prohibición de doble juzgamiento, la legalidad y la favorabilidad (los cuales serán expuestos en el capítulo III).

#### **2.1 Visión criminológica de la asociación ilícita y el lavado de activos**

La importancia de este enfoque criminológico radica en el origen de estos delitos y la trascendencia social que estos tienen. Estos elementos se evidencian en la tipificación de estos delitos a nivel nacional e internacional, y se traducen en la imposición de sentencias que los magistrados emiten en cada caso concreto.

### 2.1.1 Asociación ilícita

La asociación ilícita tiene un origen preventivo. Desde la doctrina antigua, LOMBROSSO y CARRARA ya plantearon su perspectiva de que basta “una simple posibilidad de daño, más allá de la consumación y un daño efectivo”<sup>65</sup>, analizada en la tesis de Gabriela AGUIRRE LEÓN en el sentido de que una simple constitución de una sociedad con fines delictivos es un motivo de alerta, que debe ser anulado antes de que tales fines se consumen<sup>66</sup>. El jurista cubano Ramón DE LA CRUZ OCHOA concuerda con este concepto y añade que ni si quiera es necesario probar la participación si no los fines delictivos, refiriéndose al tipo de asociación lícita de la siguiente forma:

Un instrumento legal importante en la lucha contra el crimen organizado está constituido por la criminalización de la pertenencia a una asociación delictiva o criminal, la que establece la posibilidad de condenar a los dirigentes de organizaciones criminales sin que sea necesario aportar la prueba de su participación en infracciones precisas. Sólo es necesario que se conozcan los fines ilícitos de la asociación<sup>67</sup>.

Este doctrinario cubano realiza además una recopilación de enfoques de distintos países respecto al tipo de asociación ilícita y su finalidad, de tal manera que afirma:

En algunos sistemas jurídicos se contempla una infracción dirigida a cualquier tipo de infracción criminal, en otros los que están dirigidos a la comisión de delitos graves como es en Canadá, Francia y Polonia, otro enfoque consiste en limitar la incriminación a la pertenencia a aquellas asociaciones ilícitas que planean cometer cierta clase de delito por ejemplo contra el Estado (Bélgica, Brasil, Egipto, Finlandia y Suiza), los grupos armados y los ejércitos privados (Bélgica, Francia y Grecia) o las bandas terroristas (Chile y Alemania) y traficantes de drogas (Chile, Egipto). Son peligrosas en este sentido las definiciones amplias de las asociaciones criminales, que entienden por tales las dirigidas contra el orden público ya que posibilitan un uso abusivo de la incriminación incluso para reprimir la oposición política o las protestas sociales<sup>68</sup>.

Dentro de estos enfoques sobre el concurso se encuentra el concepto de asociación criminal en el Derecho penal alemán, el cual “históricamente hizo referencia a asociaciones de tipo político que constituyesen un peligro para la estabilidad del

---

<sup>65</sup> Francisco Carrara. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. 2da ed. Madrid: GÓNGORA, 1926, p. 259.

<sup>66</sup> Gabriela Aguirre León. *Análisis Jurídico del Delito de Asociación Ilícita en el Código Penal Ecuatoriano*. Tesis de Grado. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2006, p. 27.

<sup>67</sup> Ramón de la Cruz Ochoa. *Crimen Organizado: aspectos criminológicos y penales*. Tesis Doctoral. Universidad de la Habana. Ciudad de La Habana, 2007, p. 54.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

Estado”<sup>69</sup>, por lo que para Romero SÁNCHEZ: “como consecuencia de este significado inicial, la jurisprudencia ha desarrollado un concepto de asociación bastante restrictivo, el cual no se ajusta hoy para la persecución penal de organizaciones con intereses estrictamente económicos”<sup>70</sup>. El régimen alemán, por su trascendencia y evolución en el derecho penal, actualmente es un referente para países latinoamericanos como el Ecuador, que son focos de asociación criminal para cometer lavado de activos.

### 2.1.2 Lavado de activos

El lavado de activos, según Percy GARCÍA CAVERO, “es una actividad compleja que requiere ser entendida a cabalidad en el plano criminológico para poder luego interpretar su plasmación típica en la legislación penal expedida para hacerle frente”<sup>71</sup>. Además, para este autor, el “origen, [...] está relacionado con la necesidad de las organizaciones criminales de darle apariencia de legalidad a las ganancias obtenidas por su accionar delictivo”. Pero lo que define sus características criminológicas es el ámbito social en que tienen lugar, es decir, el tráfico de bienes en el sistema económico actual”<sup>72</sup>. Es posible determinar que este delito es relativamente actual, y a diferencia de la asociación ilícita que tenía un fin preventivo, se crea por la necesidad de combatir organizaciones criminales reamente estructuradas y sancionar el detrimento que estas producen al introducir bienes de origen ilícito al sistema económico y financiero.

Por otro lado, DONNA –desde un análisis del Código Penal Argentino– considera que el origen del tipo de lavado de activos proviene de una necesidad de sancionar actividades que quedaban impunes en el delito de receptación. Para este tratadista, el desarrollo de la criminalidad organizada en delitos financieros, que no eran necesariamente patrimoniales (por ej.: tráfico de drogas, prostitución, terrorismo), no podía enfrentarse a través del delito de receptación<sup>73</sup>. Por lo tanto, el delito de lavado –como bien manifiesta BACIGALUPO– ya no reprocha el aprovechamiento, sino la

---

<sup>69</sup> Angélica Romero Sánchez. *La Asociación Criminal y los delitos en Banda en el Derecho Penal Alemán: fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p.66.

<sup>70</sup> Angélica Romero Sánchez. *La Asociación Criminal y... Óp. cit.*, p. 66.

<sup>71</sup> Percy García Caveró. *El delito de lavado de activos*. 2da ed. Buenos Aires: B de F, 2016, p. 9.

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> Edgardo Alberto Donna. *Delitos contra la administración pública*. 2da ed. actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 601.

“simple colaboración posterior con el autor del delito que produjo la ganancia ilícita, y la finalidad ya no es la protección del patrimonio o la propiedad, sino la administración de justicia”<sup>74</sup>.

El desarrollo tecnológico y aumento de circulación de capital ha contribuido a que el tipo de lavado ocurra con más frecuencia; por lo que resulta acertada la afirmación de la profesora dominicana Norma BAUTISTA de que: “la trascendencia criminológica del lavado de capitales ha evolucionado en directa relación con el aumento de los niveles de circulación económica que ha posibilitado y generado el crimen organizado, posiblemente, potenciado por los efectos nocivos de la llamada “globalización” que también ha llegado al fenómeno criminal”<sup>75</sup>. La tecnología evoluciona de forma acelerada y los tipos delictivos, medidas de investigación y seguridad se renuevan y modifican constantemente.

El lavado de activos se remonta a la época de la piratería, cuya existencia data del año 67 A.C., en el que Pompeyo “emprendió una expedición contra los piratas del Mediterráneo que privaban de víveres a Roma”<sup>76</sup>, y quienes pudieron resguardar sus riquezas provenientes de origen ilícito en bancos de origen judío. Posteriormente, en el año 1118, la astucia y visión de los caballeros templarios, que se beneficiaban de lo que durante la época la iglesia condenaba como usura, lograron transformar la manera en que los préstamos eran pagados y fueron capaces de evitar esta prohibición, financiando incluso a reyes”<sup>77</sup>. Por lo tanto, este delito no es nuevo, y existe desde antes de que aparezca el dinero como lo conocemos hoy. En otras palabras, Bruno M. TONDINI se refiere al lavado de dinero de la siguiente forma:

[...] la acción de blanquear dinero no es novedosa ya que el beneficio económico de los delitos demanda ser utilizado en los mercados legales; lo que sí resulta novedoso es la conceptualización del lavado de dinero, que nace cuando los analistas

---

<sup>74</sup> Dalton E. Bacigalupo. “Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados Miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en *Derecho Penal Económico*. Hammurabi, 2000, p. 280 y ss.

<sup>75</sup> Norma Bautista *et al.* *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*. 1era ed. República Dominicana: Justicia y Gobernabilidad, 2005, p. 1.

<sup>76</sup> Bruno M. Tondini. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*. Buenos Aires: CEAI, s.f., párrs. 2-11. [ecaths1.s3.amazonaws.com/.../900543229.lavado%20de%20activos.pdf](http://ecaths1.s3.amazonaws.com/.../900543229.lavado%20de%20activos.pdf) (Acceso: 16 de marzo de 2017).

<sup>77</sup> *Ibid.*

detectan que se trata de un problema en sí mismo y comienzan a separarlo y distinguirlo de los delitos que le dan origen, dándole un tratamiento independiente<sup>78</sup>.

El tema de lavado de activos adquiere trascendencia internacional porque se vuelve el eje de otros delitos de crimen organizado como el narcotráfico, la prostitución, trata de personas, por lo que la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes. Estos son dos de los principales para la creación de la Convención de Viena de 1988<sup>79</sup>. Además, el hecho de que los bancos y otras instituciones financieras pueden servir involuntariamente de intermediarios para la transferencia o depósito de fondos de origen criminal es la principal razón de las regulaciones de la Declaración de Basilea<sup>80</sup>.

En el caso ecuatoriano se sanciona el tipo de lavado de activos en el COIP y existe además la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos<sup>81</sup>. Estas normas se complementan con resoluciones en materia bancaria como las Normas Prevención Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo<sup>82</sup>, el Reglamento de Contrataciones del Consejo de Lavado de Activos<sup>83</sup>, y la Norma de Lavado Activos y Financiamiento Delitos Economía Popular<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> Bruno M. Tondini. *Blanqueo de capitales... Óp. cit.*, párrs. 2-11.

<sup>79</sup> ONU. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Diciembre 1988. [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf) (Acceso: 17 de enero de 2017).

<sup>80</sup> Declaración del Comité de Autoridades de Supervisión Bancaria del Grupo de los Diez y de Luxemburgo, hecha en Basilea en diciembre de 1988, sobre Prevención de la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal. [www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i47.pdf](http://www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i47.pdf) (Acceso: 17 de enero de 2017).

<sup>81</sup> Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Registro Oficial Suplemento No. 802 de 21 de julio de 2016.

<sup>82</sup> Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros delitos. Resolución de la Superintendencia de Compañías. Registro Oficial No. 292 de 18 de julio de 2014.

<sup>83</sup> Reglamento de Contrataciones del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos y de la Unidad de Inteligencia Financiera. Registro Oficial No. 58 de 5 de abril de 2007.

<sup>84</sup> Norma para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos incluido el Terrorismo en las Entidades Financieras de la Economía Popular y Solidaria. Resolución de la Junta Política Monetaria y Financiera. Registro Oficial No. 405 de 29 de diciembre de 2014.

## 2.2 Definición de asociación ilícita y lavado de activos, y su diferencia en cuanto al tipo

Una vez expuesta la visión criminológica de los tipos de asociación ilícita y lavado de activos, es necesario conceptualizar estos delitos y referirnos su diferencia en cuanto al tipo. Además, es importante conocer parte del criterio doctrinario sobre la resolución concursal, y proponer variantes para que el juez pueda aplicar la modalidad concursal adecuada cuando concurren varios delitos, que en el caso de esta investigación son el lavado de activos y la asociación ilícita.

### 2.2.1 Definiciones

La figura de la asociación ilícita exige el concierto de no menos de tres personas, que organizada y permanentemente acuerden cometer delitos, siempre y cuando la organización tenga un carácter estable que permita un vínculo de comunidad y pertenencia entre los miembros de la organización<sup>85</sup>. Se trata pues, para Giuseppe MAGGIORE, de una asociación que no necesariamente debe estar sujeta a ninguna forma jurídica (estatuto-lineamiento), ni a una organización jerárquica; es suficiente con que exista un concierto permanente, de intenciones y acciones<sup>86</sup>. En definitiva, es un tipo de peligro, el cual se define por Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS como “aquel en el que es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido, con la amenaza del mismo”<sup>87</sup>.

Por otra parte, el delito de lavado de activos se define como un tipo penal que, a través de mecanismos fraudulentos transfiere valores de origen ilícito de un lugar a otro, insertando activos a la economía de un país, y produciendo un desequilibrio que afecta el régimen y el sistema económico vigente en una sociedad<sup>88</sup>. Existen diversas definiciones para esta actividad que en la doctrina es conocida también como: blanqueo, reciclaje, normalización, reconversión, legalización de bienes. De esas definiciones se ha seleccionado la más conveniente para el presente tema, que es la del profesor Julio

---

<sup>85</sup> Francisco Castex. *Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal*, p. 580. [www.derecho.uba.ar/.../asociacion-ilicita-y-principios-constitucionales-del-derecho-penal](http://www.derecho.uba.ar/.../asociacion-ilicita-y-principios-constitucionales-del-derecho-penal). (Acceso: 2 de marzo de 2017).

<sup>86</sup> Giuseppe Maggiore. *Derecho Penal*. Parte Especial. Volumen III. De los delitos en particular. 2da ed. Bogotá D.C: TEMIS, 2000, pp. 448 y ss.

<sup>87</sup> Teresa Rodríguez Montañés. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 29.

<sup>88</sup> María Paulina Araujo Granda. *Derecho Penal Económico. Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: CEP, 2010, p. 262.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO –citada por el profesor colombiano Hernando HERNÁNDEZ– la cual manifiesta que se trata del “proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultante de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero”<sup>89</sup>. Este delito es de resultado, porque la afectación al orden económico del Estado realmente produce una lesión. En este tipo de delitos, “el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido para su consumación”<sup>90</sup>.

Por tanto, la asociación ilícita tiene un origen extremadamente antiguo y constituye un delito de peligro; mientras que el lavado de activos nace recientemente y es un delito de resultado. El tipo de asociación ilícita condena el peligro de un simple acuerdo o intención de cometer un delito, y el tipo de lavado de activos por su parte sanciona el resultado (vulneración del orden económico) ejecutado a través de innumerables acciones o verbos rectores (tener, ocultar, prestar el nombre, realizar operaciones financieras, etc.).

### 2.2.2 Diferencias en la tipicidad

Los delitos económicos de asociación ilícita y lavado de activos tienen ciertas diferencias en la estructura del tipo, consecuencia de su origen y el fin con el que fueron creadas.

De la tabla 2 se desprenden las diferencias básicas en la tipicidad de los delitos de asociación ilícita y lavado de activos. Las principales diferencias y motivo de esta investigación son las del tipo de delito y el número de agentes que podrían incurrir en el delito. En el tipo de delito, como se dijo, el uno es de peligro y el otro de resultado; y, en cuanto, a los números de agentes, la asociación ilícita exige dos o más actores, mientras que el lavado activos puede realizarlo uno o más. Sin embargo, la realidad del lavado de activos y los requerimientos del tipo –a pesar de que la ejecución de uno de ellos de forma individual sea suficiente para incurrir en el tipo– es una realidad delictiva complicada, porque para realizar una de estas actividades el autor debe servirse de un tercero y por ende, asociarse.

---

<sup>89</sup> Hernando A. Hernández Quintero. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. 7ma ed. Bogotá, D.C: IBANEZ, 2015, p. 596.

<sup>90</sup> Teresa Rodríguez Montañés. *Delitos de peligro... Óp. cit.*, p. 29.

**Tabla 2: Diferencias en la estructura típica**<sup>91</sup>

| <b>Asociación ilícita</b> <sup>92</sup>   | <b>Lavado de activos</b> <sup>93</sup>   |
|---|--|
| Tipo de delito: Peligro.  | Tipo de delito: Resultado.   |
| Sujeto Pasivo: Orden Público.   | Sujeto Pasivo: Orden económico.  |
| Sujeto Activo: 2 o más personas.  | Sujeto Activo: 1 o más personas.   |
| Verbo rector: Asociar (para cometer delitos sancionados con penas menores de 5 años). | Verbo rector: Tener, adquirir, transferir, ocultar, prestar, organizar, gestionar, realizar (operaciones-transacciones), ingresar: activos de origen ilícito |
| Imputabilidad: requiere acuerdo de varios delitos (no contravenciones).               | Imputabilidad: quien incurra en cualquiera de las actividades descritas en el tipo.  |
| Dolo directo.   | Dolo directo e indirecto.  |

Pese a las diferencias mencionadas, se trata de delitos conexos, vinculados y estrictamente relacionados, ya que la asociación podría concurrir con algunos tipos delictivos, y en este caso sería probablemente la antesala del lavado de activos. Surgen de esta forma los siguientes cuestionamientos: ¿Puede una persona lavar activos por sí misma? y, en caso de concurrir los tipos de lavado de activos y asociación ilícita, ¿es posible aplicar el concurso real y así sancionar el peligro dentro del resultado?

### 2.2.3 Criterios doctrinarios de resolución concursal

El catedrático Néstor Jesús CONTI ha propuesto una serie de circunstancias que puedan adecuarse al concurso ideal, real y delito continuado. Este autor plantea que “si una conducta encuadra en más de un tipo penal, no por ello pasa a haber más de un delito; por el contrario, cuando existen varias conductas que caen dentro de un mismo tipo penal o en varios de ellos, existen varios delitos”<sup>94</sup>. Acorde con ello, en principio sostiene que:

- Cuando una acción resulta típica de varias figuras penales, existe un solo delito al que se le aplican las reglas del concurso ideal.
- Cuando se verifican varias acciones que transgreden varios tipos penales, se constatan varios delitos a los que deben de aplicarse las reglas del concurso real, lo que motiva un solo pronunciamiento judicial al respecto.

<sup>91</sup> Giuseppe Maggiore. *Derecho Penal*. Parte Especial. Volumen III. De los delitos en particular. 2da ed. Bogotá D.C: TEMIS, 2000, pp. 448 y ss.

<sup>92</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículos 370. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>93</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículos 317. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>94</sup> Néstor Jesús Conti. *Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos*. pp. 4-5. [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30625-algunas-consideraciones-acerca-teoria-del-concurso-delitos](http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30625-algunas-consideraciones-acerca-teoria-del-concurso-delitos) (Acceso: 2 de marzo de 2017).

- Cuando se verifiquen dos o más acciones llevadas a cabo con un único propósito, pero realizadas en momentos diferentes (aunque cada una sea la consumación de un delito en sí misma), y que, a su vez, infrinjan una misma norma jurídica, estamos frente a lo que la doctrina ha dado en llamar delito continuado.

No obstante, el profesor argentino insiste en que desde el punto de vista del realismo, debe quedar claro que el hecho de que una norma penal le asigne a una conducta la calidad de varias veces prohibida no significa que deba considerarse que se multiplica varias veces la conducta, dado que el desvalor múltiple no multiplica el objeto desvalorado<sup>95</sup>; lo cual ZAFFARONI menciona con un ejemplo dado por MEZGER, quien explicó que “un caballo blanco y de carreras no son dos caballos distintos, sino un sólo caballo que tiene dos calidades o cualidades distintas: la de ser blanco y la de ser de carreras”<sup>96</sup>.

A pesar de la existencia de estos supuestos generales, para María de la Palma ÁLVAREZ, quien realiza un análisis extenso del tratamiento unitario del concurso real e ideal de delitos en países como Suiza, Austria, Francia, Portugal, y el tratamiento diferenciado en la determinación de la pena en estos concursos en países como México, Bélgica, Italia, Alemania, Argentina, concluye que la regulación prevista en las diferentes legislaciones para estos dos tipos de concurso principales, no tiene el mismo tratamiento ni si quiera en los países culturalmente similares, y tampoco a nivel internacional, puesto que las soluciones y perspectivas jurídicas son muy diferentes. Destaca además que cada vez el sistema de acumulación se va eliminando de las regulaciones como principio de determinación de la pena en supuestos concursales, y que más bien se convierta en una función exclusiva de límite máximo de la pena cuando exista concurso<sup>97</sup>.

#### 2.2.4 Respuestas concursales

Sobre los cuestionamientos planteados en el acápite anterior, correspondería a los operadores de justicia servirse de las modalidades concursales para tratar en un proceso diversas causas sin lesionar derechos del imputado. De esta forma, sería necesario analizar el lavado de activos como un solo delito, y parecería que la interpretación más

<sup>95</sup> Néstor Jesús Conti. *Algunas consideraciones... Óp. cit.*, pp. 4 y 5.

<sup>96</sup> Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires, EDIAR, 2005, p. 853.

<sup>97</sup> María de la Palma Álvarez Pozo. *El concurso ideal... Óp. cit.*, pp. 479 y 480.

adecuada sería la de que se trata de un caso de delito continuado, porque cumple con las premisas generales de este concepto establecidas el profesor Alberto A. CAMPOS de la siguiente forma: “unidad de designio, que aparece pluralizado ante una posible y eventual discontinuidad en el obrar, que no lo destruye, pues no lo hace variar, ya que el propósito será siempre el mismo nada más que parcelado en aparentes voliciones independientes”<sup>98</sup>. Si bien existe lo que ZAFFARONI considera una reiteración delictiva, en la que media una única decisión, y se lesiona en un mayor grado al bien jurídico protegido (que en el presente caso sería el orden económico del Estado), no podría juzgarse de forma independiente cada acción, porque el cometimiento de una o varias de ellas perfecciona un único delito: el lavado de activos. Por lo tanto, este delito resulta un delito continuado analizado dentro del concurso, y un delito de resultado en cuanto a su estructura típica.

Ahora bien, el tipo de asociación ilícita sanciona una sola acción que, como indica el COIP, es el simple hecho de asociarse para cometer delitos<sup>99</sup>. La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que este tipo penal es un caso de delito permanente, lo cual se ve plasmado en la posición respecto a la asociación ilícita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina por parte del juez IRIBARREN, en la que concluye después de un análisis de las características de la asociación ilícita, que “estamos frente a un delito de carácter permanente, que solo dejará de consumarse para aquel sujeto que haya renunciado a esa voluntad asociativa”<sup>100</sup>. En consecuencia, la asociación ilícita es una acción que se prolonga y pone en permanente peligro a la sociedad. Esta sería entonces un delito permanente desde la perspectiva concursal, y un delito de peligro visto desde la tipicidad.

Una vez analizado el tipo de modalidad concursal que correspondería a los delitos de asociación ilícita y lavado de activos de manera independiente (delito permanente y delito continuado respectivamente), es oportuno dilucidar qué tipo de concurso (real o ideal) sería el adecuado en caso de que estos dos tipos delictivos concurren. La primera impresión, tal vez la más común, sería la de aplicar el concurso real ya que se trataría de

---

<sup>98</sup> Alberto A. Campos. *Introducción a la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 72.

<sup>99</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículo 370. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>100</sup> Pablo E. Iribarren. *El Delito de Asociación Ilícita desde una perspectiva Constitucional. Posición de la CSJN*. [www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/El%20Delito%20de%20Asociacion.pdf](http://www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/El%20Delito%20de%20Asociacion.pdf) (Acceso: 1 de marzo de 2017).

varias conductas típicas [independientes], y entonces existirán varios delitos y varias penas<sup>101</sup>. No obstante, esa independencia de tipos tiene un solo fin (unidad delictiva), porque el mismo tipo de lavado implica la realización de uno o más verbos rectores para poder consumarse, los cuales no podrían ejecutarse sin asociación. Por esta razón, si se llegara a aplicar el concurso real (acumulación jurídica de penas) en el caso de concurrencia de estos dos tipos, se estaría atentando contra principios constitucionales como la prohibición de doble juzgamiento, favorabilidad e interpretación restrictiva de la ley penal.

Este conjunto de operaciones pone de manifiesto la existencia de una pluralidad de acciones, y consecuentemente una pluralidad de tipicidades. Sin embargo, otra razón por la que no podría aplicarse el concurso real en caso de concurrir el lavado de activos y la asociación ilícita, se debe a que la asociación sanciona el peligro de que dos o más personas acuerden cometer un delito, y si se llegara a aplicar este tipo de concurso, se estaría sancionando a la vez el peligro de “tal acuerdo”, y el resultado de haber vulnerado el orden económico al cometer lavado de activos.

Por lo tanto, una solución más viable que garantice los principios que protegen a quien se impute el cometimiento de lavado de activos y asociación ilícita, sería la aplicación del concurso ideal (absorción). Esto porque –como se explicó previamente– el lavado de activos es un delito económico complejo, y su consumación o perfeccionamiento requiere de una pluralidad de acciones que difícilmente pueden llevarse sin una asociación ilícita previa. Es cierto que se violan distintas disposiciones penales, pero estas evidencian un solo fin delictivo, por lo que al darse una conducta, únicamente podrá existir un delito, y consecuentemente una sola pena, ya que el delito más grave absorbe a las otras conductas penales<sup>102</sup>.

Además, para incurrir en el delito de lavado se requeriría más de un sujeto porque, como bien lo expresó la definición del lavado de activos del profesor español DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, se trata de un “proceso o conjunto de operaciones” mediante el cual los bienes o el dinero resultante de actividades delictivas, se integran en el sistema económico y financiero<sup>103</sup>. Así mismo, en el ámbito de blanqueo de capitales y

---

<sup>101</sup> Eugenio Zaffaroni. *Estructura Básica... Óp. cit.*, p. 180.

<sup>102</sup> Eugenio Zaffaroni. *Estructura Básica... Óp. cit.*, p. 181.

<sup>103</sup> Julio Díaz-Maroto y Villarejo, en Hernando A. Hernández Quintero. *Los delitos económicos... Óp. cit.*, p. 596.

organizaciones criminales, manifiesta el profesor Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, catedrático de la Universidad de Huelva, que “en la propia organización, y a través de un reparto de tareas, se pueden instrumentalizar distintos momentos que requiere esta figura delictiva: la comisión de un delito grave y su aprovechamiento posterior”<sup>104</sup>. Estas afirmaciones refuerzan la dificultad de que un agente realice estas acciones por sí mismo.

## **2.3 Los delitos de asociación ilícita y lavado de activos en el COIP**

La asociación ilícita se encuentra tipificada en el COIP de forma autónoma e independiente. A pesar de esto, el tipo de lavado de activos en el Ecuador prevé una pena mayor cuando se presupone una asociación para delinquir, razón por la cual se debe hacer la distinción entre la asociación ilícita como delito independiente y la asociación ilícita dentro del lavado.

### **2.3.1 La asociación ilícita como tipo independiente**

El tipo de asociación ilícita se encontraba tipificado en el Código Penal anterior en el Título V de los Delitos contra la Seguridad Pública, Capítulo I de las asociaciones ilícitas, y sancionaba este delito “por el solo hecho de la organización de la partida”<sup>105</sup>.

Además, dicho código hacía una distinción en el art. 370, el cual señalaba que:

Si la asociación ha tenido por fin la perpetración de delitos que merezcan pena de reclusión mayor, los provocadores de la asociación, sus jefes y los que hubieren ejercido en ella un mando cualquiera, serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor.

Serán reprimidos con prisión de dos a cinco años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos reprimidos con reclusión menor; y con prisión correccional de seis meses a tres años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos de otra índole<sup>106</sup>.

Esta diferenciación ha sido suprimida en el COIP, que solo contempla la asociación para cometer delitos con una pena menor a cinco años, lo cual evidencia una evolución legislativa, porque el hecho de que la pena varíe dependiendo del delito que la

---

<sup>104</sup> Juan Carlos Ferré Olivé. “Blanqueo de Dinero y Criminalidad Organizada” en *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Perú: ARA Editores, 2005, p. 856.

<sup>105</sup> Código Penal. Artículo 369. Decreto supremo No. 55, de 8 de julio de 1970.

<sup>106</sup> Código Penal. Artículo 370. Decreto supremo No. 55, de 8 de julio de 1970.

asociación tuviera la “intención de realizar”, constituye un absurdo que contradecía los principios del derecho penal de legalidad e intervención mínima.

Este delito es autónomo y sanciona el peligro de que dos o más personas acuerden delinquir. Actualmente, el Código Orgánico Integral Penal tipifica de forma independiente la asociación ilícita en el artículo 370 y determina que esta ocurre:

Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años<sup>107</sup>.

Este artículo, históricamente cuestionado, responde a la necesidad del Estado de prevenir e impedir la formación de organizaciones criminales, cuyo fin no es otro que el cometimiento de actos delictivos que ponen en peligro permanente el orden público. Al menos esta es la visión plasmada en los códigos sardo-italiano y toscano según MAGGIORE<sup>108</sup>. Sin embargo, esa necesidad en la época actual puede desvirtuarse en el sentido de que el Derecho penal es de mínima intervención y resultaría comprometedor con los derechos humanos y constitucionales el sancionar la simple “intención” de cometer delitos cuando estos no hayan sido consumados.

De esta manera, no sería necesario, en el delito de asociación, debatir las teorías de la unidad y pluralidad de acciones o conductas, porque el tipo sanciona mera intención más allá de la acción, pero sí resulta importante resaltar el hecho de que el tipo exige la realización de varios delitos para consumarse; porque en caso de ponerse de acuerdo para cometer *un solo* delito, no es acción punible si aquel no es cometido, pues si se comete, entramos en la hipótesis de concurso en un mismo delito<sup>109</sup>.

### 2.3.2 La asociación ilícita dentro del lavado de activos

El COIP tipifica el lavado de activos en el artículo 317, en el que se observa, por la cantidad de verbos rectores, que este delito describe varias conductas, con el objetivo de abarcar las acciones propias de esta clase de actividades. El artículo mencionado califica el tipo con una pena mayor a las conductas señaladas cuando se presupone la asociación

---

<sup>107</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículo 370. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>108</sup> Giuseppe Maggiore. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 448.

<sup>109</sup> *Id.*, p. 452.

para delinquir en los puntos 2 literal b y 3 literal b que aumentan la pena y prescriben lo siguiente:

2. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir. Con pena privativa de libertad de siete a diez años, en los siguientes casos:

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

3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años, en los siguientes casos:

b) Cuando la comisión del delito presupone la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas<sup>110</sup>.

La presunción de asociarse ilícitamente está contenida en el mismo artículo, y aumenta la pena de siete a diez años cuando la asociación es informal, o de 10 a 13 años si se trata de una persona jurídica y el autor la utiliza en su beneficio. Sin embargo, el mismo artículo 317 establece que “[...]estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas”<sup>111</sup>, lo cual genera dudas respecto a si se debe aplicar el concurso real (acumular penas) en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita, o por el contrario no es posible emplear este tipo de concurso porque el delito de asociación ilícita está implícito en el mismo artículo.

Es importante referirse a la valoración que se da a las conductas en un tipo agravado como el de robo con resultado de muerte, en el cual el COIP dispone que: “Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintiséis años”<sup>112</sup>. En este caso, la imposición de una pena mayor se justifica por la evaluación de la afectación de dos bienes jurídicos diferentes: vida y patrimonio; lo cual imposibilita la aplicación del concurso real junto a un delito de robo o asesinato, porque los mismos ya fueron valorados dentro del tipo agravado y, al hacerlo, se vulneraría la prohibición de doble juzgamiento.

Finalmente es necesario señalar la valoración que se da a tipos penales compuestos, definidos como “los que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales

---

<sup>110</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículo 317. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>111</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículo 317. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>112</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículo 189. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores”<sup>113</sup>. El lavado de activos es un tipo penal que cumple con estas características, y su complejidad requiere de una asociación ilícita previa. Por lo tanto, al juzgar el tipo penal de lavado de activos se está valorando ya el tipo de asociación ilícita, lo cual impide la aplicación del concurso real junto al tipo autónomo de asociación porque este ya fue valorado dentro del tipo compuesto de lavado y vulneraría el *non bis in ídem*.

#### **2.4 La viabilidad del concurso real en el lavado de activos y asociación ilícita**

La inconsistencia planteada en el subtema anterior, dejaría abierta la posibilidad de aplicar el concurso real en el caso de que se cometieran conjuntamente los delitos de lavado de activos y asociación ilícita. Las consecuencias de aplicar el concurso real en este caso, cuando lo más apropiado sería emplear el concurso ideal, fueron mencionadas en el subtema de respuestas concursales, y los principios vulnerados serán definidos en el último capítulo. Por ahora, una vez analizadas las teorías para determinar la unidad y pluralidad de acción y tipicidades, las cuáles son una referencia fundamental para la imposición de la pena, es posible visualizar un amplio esquema compuesto de factores adicionales a considerar en el tipo de concurso que se vaya a aplicar, que refuerzan la inviabilidad de aplicar el concurso real en los casos de asociación y lavado.

MARTÍNEZ-BUJÁN realiza un análisis de las cuestiones concursales en el delito de blanqueo de capitales (lavado de activos), y manifiesta que “en lo que concierne a la cuestión referente al *concurso de delitos*, es preciso distinguir diversas hipótesis en las que la comisión del delito de blanqueo aparece vinculada a la ejecución de otras figuras delictivas”<sup>114</sup>. Para este autor, la hipótesis más frecuente es en la que el blanqueo se asocia a un delito de falsedad documental, cuyo caso deberá resolverse con un concurso de delitos, y no de un concurso de leyes, “dado que los bienes jurídicos tutelados a través de ambas figuras delictivas son completamente diferentes”<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Raúl Plascencia Villanueva. Universidad Autónoma de México. *Unidad y pluralidad de delitos...* Óp. cit., p. 100.

<sup>114</sup> Carlos Martínez-Buján Pérez. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. 3ra ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 506.

<sup>115</sup> Carlos Martínez-Buján Pérez. *Derecho Penal Económico...* Óp. cit., p. 506.

Si bien ha de resolverse con un concurso de delitos, sería a través del tipo de concurso ideal, porque más peso tiene el fin delictivo que la distinción de bienes jurídicos protegidos por parte los delitos que se perpetran; y, pese a que la falsedad documental, que en el presente caso equivaldría a la asociación ilícita (el primero contra la fe pública y el segundo contra el orden público), vulnera el orden público, mientras que el lavado distorsiona el orden económico estatal, la asociación es el primer paso para cometer lavado, por lo que el cometimiento de los dos tipos finalmente apuntan al detrimento de un solo bien jurídico protegido. Existe conexidad entre los dos tipos porque se vinculan procesal y sustancialmente, pero la solución más acertada y propensa hacia el respeto de derechos constitucionales y derechos humanos es la aplicación del concurso ideal.

Otra contradicción sobre el tema en la doctrina es la propuesta por MAGGIORE en relación al Código Italiano, quien manifiesta que:

Si la asociación concurre con otros delitos, se aplican las normas sobre concurso material (real), ya que en el Código actual falta una norma para los delitos cometidos en el tiempo de la asociación o por causa de ella, como en el Código derogado, que preveía en esta hipótesis, un aumento de pena.<sup>116</sup>

Esta cita pone en evidencia la falta de coherencia en la aplicación del concurso real cuando la asociación concorra con otros delitos, que se origina como una justificación al hecho de que en el código mencionado “falte” una norma para los delitos cometidos en el tiempo de la asociación o por causa de ella, lo cual deslegitima el uso del concurso real. El COIP por su parte tipifica la asociación ilícita de forma independiente, y la menciona además como un presupuesto dentro del lavado de activos que calificaría la pena con más años de prisión, incluso expresando la frase “sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas”, abriendo así la posibilidad de aplicar el concurso real, lo cual se ha demostrado que no es viable tanto por la parte típica como por las consecuencias y vulneraciones que se producirían hacia principios constitucionales del derecho penal e incluso derechos humanos.

---

<sup>116</sup> Giuseppe Maggiore. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 454.

## **Capítulo III: Análisis doctrinal y jurisprudencial a favor y en contra de la aplicación del concurso real**

Hasta aquí se ha conceptualizado la teoría de la unidad y pluralidad de conductas y tipicidades, con el fin de entender doctrinalmente que tipo de concurso debe aplicarse (capítulo I). Luego, se procedió a analizar la estructura de la tipicidad de los delitos de lavado de activos y asociación ilícita, y la inviabilidad de aplicar el concurso real en el caso de que estos dos tipos concurren (capítulo II). En este último capítulo, se exponen las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que sustentan la aplicación del concurso real o ideal, con la finalidad de fortalecer la posición de esta investigación sobre la pertinencia de aplicar el concurso ideal cuando concurren los tipos de lavado de activos y asociación lícita.

Para lograr el objetivo descrito, esta parte se compone de un análisis de las doctrinas sobre la acumulación aritmética de penas, y de un conjunto de jurisprudencia comentada que fundamenta las posturas de aplicación del concurso real e ideal de infracciones y la forma en que se han ejecutado en otras jurisdicciones. Finalmente se realiza la descripción de los principios que se vulnerarían si se llegara a aplicar el concurso real en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita. Los concursos real e ideal remplazan a los artículos sobre la concurrencia de varias infracciones en el anterior código penal de 1971, mediante su publicación en el COIP, por lo que la mayoría de jurisprudencias serán de países en los que estos se han aplicado previamente.

### **3.1 Doctrinas sobre la acumulación jurídica de penas**

En las doctrinas sobre la acumulación jurídica de penas, la tendencia a utilizar el concurso real y la aplicación de penas jurídicas mayores, lleva implícita un pensamiento doctrinario que prioriza la afectación al bien jurídico protegido, sobre todo cuando se trata de delitos que afectan la vida; mientras que otra parte de la doctrina –la cual se aplica mayoritariamente en delitos económicos– considera que es preferible aplicar el

concurso ideal, ya que una aplicación indebida del concurso real vulneraría derechos fundamentales del supuesto infractor y podría generar penas inmensurables.

### 3.1.1 Doctrina retributiva

La justicia retributiva, según la profesora Isabel GONZÁLEZ, consiste en que “el castigo proporcionado es una respuesta moralmente aceptable al delito, independientemente de que este castigo produzca o no beneficios tangibles”<sup>117</sup>. Está ligada a la proporcionalidad y severidad con las que se juzgaba la infracción en la Ley del Talión, por lo cual:

Para los retribucionistas, el castigo tiene un carácter retrospectivo, acorde con la conducta criminal del pasado que se castiga, y estrictamente destinado a sancionar en proporción con la gravedad de la conducta, lo que puede calcularse por el nivel de daño causado, la cantidad de ventaja injustamente adquirida o por el desequilibrio moral provocado<sup>118</sup>.

Se evidencia en esta corriente una finalidad sancionadora, la cual sostiene una postura de acción y reacción (que se alinea en temas concursales a la sumatoria de penas), sobre todo si se trata de delitos que atentan contra la inviolabilidad de la vida, porque considera que si se contemplan como un solo delito estaría desvalorizando la integridad humana. Sin embargo, con el tiempo la visión del derecho penal se ha ido integrando a un modelo más acorde al sistema de derechos humanos, que precautele también los derechos del imputado y se le aplique la ley más favorable. Esta postura doctrinaria va de la mano con la aplicación del concurso real, porque su intención es sancionar con rigurosidad el cometimiento de uno o varios delitos. En el caso de ser varios, apunta a que mediante el concurso material se acumulen aritméticamente las penas que correspondan a cada delito, y de esta forma se sancione (sin importar que sean penas incalculables), porque lo importante es que se cumplan graves sanciones a fin de que no quede sensación de impunidad.

La evolución del concepto de justicia en el Derecho internacional, que apunta hacia un modelo de justicia transicional, ha criticado esta doctrina, ya que como afirma

---

<sup>117</sup> Isabel González. “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”. *Revista de Justicia Restaurativa*. RJR N° 2. p. 14. (2012). [www.pensamientopenal.com.ar/.../33921-es-justicia-restaurativa-aporte-valores-del-sistema-juridico](http://www.pensamientopenal.com.ar/.../33921-es-justicia-restaurativa-aporte-valores-del-sistema-juridico) (Acceso: 4 de marzo de 2017).

<sup>118</sup> *Ibíd.*

GONZÁLEZ: “dos males (el crimen y el castigo) no pueden dar lugar a un bien”<sup>119</sup>. La doctrina retributiva se relaciona con la escuela de lucha contra la impunidad o de impunidad cero, que según Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, proviene de un Derecho penal autoritario que promulgaba el aforismo *nullum crimen sine poena*<sup>120</sup>. Según esta posición, “habría que prescindir de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad cuando éstas se opusieran a la sanción de una conducta que se considera materialmente merecedora de la pena”<sup>121</sup>.

Sin embargo, el mismo SILVA SÁNCHEZ sustenta que “el contenido y alcance de las doctrinas contra la impunidad no se comprenden bien si se prescinde del dato de que se han desarrollado en el marco de la llamada justicia de transición, o en otra terminología, la superación del pasado a través de instrumentos jurídicos”<sup>122</sup>. Es posible visibilizar como el desarrollo en temas de derechos humanos y justicia transicional, está directamente relacionado al sistema punitivo, tanto doctrinariamente como en aspectos de determinación de la pena.

Para quienes sostienen un sistema retributivo, el aspecto valorativo es fundamental, y el reproche debe ajustarse al daño producido, para lo cual, desde su perspectiva, la aplicación de un solo tipo quedaría corta. Según un análisis de jurisprudencias en relación a la unidad y pluralidad de los delitos y el concurso de normas realizado por la UNAV, se afirma que:

El problema está en cuál es la óptica adoptada: si es meramente naturalística o fenoménica, la acción puede descomponerse en varias cada vez más diminutas, sin aportar criterios de solución, por lo que el problema no se resuelve sino que aumenta. Pero si se adopta una óptica valorativa o normativa, es decir, la propia del Derecho, que viene a valorar lo que sucede, entonces hay que dar entrada a criterios que se refieran al «sentido de las conductas»: en concreto, ¿queda suficientemente abarcado el contenido de injusto o desvalor de la conducta si se aplica un solo precepto o tipo? Tratándose de la vida humana o integridad física, no parece que sea posible sumarlas y considerar un solo delito, de homicidio, por ejemplo con varios resultados. Podría tratarse como concurso ideal (cfr. infra, 3), pero eso supondría tratar la vida humana o

<sup>119</sup> Isabel González. “¿Es la justicia restaurativa...?” *Óp. cit.*, p. 14.

<sup>120</sup> En sentido contrario del aforismo *Nullum crimen, nulla poena, sine lege* usado por primera vez por Anselmo von Feuerbach, según Jiménez de Asúa de manera científica y unida a la teoría de la acción psíquica en Edgardo Alberto Donna. *Precisiones sobre el principio de legalidad*. México D.F: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, s/f, p.15. [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/7.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/7.pdf) (Acceso: 24 de marzo de 2017).

<sup>121</sup> Jesús-María Silva. *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo de autor»* en: Antonio García-Pablos. Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente. Granada: COMARES, 2009, p. 18

<sup>122</sup> *Ibíd.*

la integridad física de las personas como objetos de menor entidad. Es defendible por tanto que estemos ante un caso de concurso real de delito<sup>123</sup>.

A pesar de que esta postura se defiende principalmente por la vulneración del bien jurídico protegido vida, la parte en la que se cuestiona si queda suficientemente abarcado el contenido del injusto, manifiesta una clara posición a favor de la aplicación del concurso real de delitos, porque propone una acumulación material de penas como respuesta al cometimiento de varios tipos delictivos. Sin embargo, más allá del bien jurídico protegido, está la interpretación que corresponda al caso concreto, porque la posibilidad de aplicar el concurso real o ideal está abierta para cualquier tipo delictivo, ya que existen casos en los que al ejecutar dos acciones (por ejemplo: disparar dos veces a distintas personas), no implican la consumación de dos tipos penales distintos, sino que se produce la ejecución de un hecho delictivo que debe ser juzgado como tal. Esta noción se traduce a los delitos económicos, en los que el cometimiento de varias acciones conduce a la ejecución un tipo compuesto final, por lo que debería aplicarse el análisis de unidad delictiva y juzgarse como un solo hecho compuesto.

El profesor Juan Pablo MAÑALICH, catedrático de la Universidad de Chile, desde una perspectiva distinta, y relacionada directamente con el concurso real, considera que:

Bajo un compromiso irrestricto con la vigencia de semejante modelo de derecho penal del hecho, el reconocimiento de relevancia penológica diferenciada a una situación de concurrencia de dos o más hechos punibles, en cuanto condición de aplicación de un régimen de penalidad divergente de la simple conjunción –o “acumulación material”– de las penas correspondientes a cada uno de los hechos concurrentes, tendría que devenir problemático, por no decir: sospechoso. Pues la tematización jurídica de una relación de concurrencia entre dos o más hechos punibles presupone identificar un punto de conexión entre ellos, de modo tal que tenga sentido conferir alguna relevancia específica a la correspondiente conjunción de esos mismos hechos. Y haciendo plena abstracción, por el momento, de cualquier referencia a la variable procesal de la cual depende la tematización jurídica de una situación de concurso de hechos punibles, tal punto de conexión no es otro que la identidad personal de quien funge como el sujeto pasivo de la imputación de los dos o más hechos punibles –en tal medida– concurrentes<sup>124</sup>.

Esta visión juzga el punto de conexión de los hechos punibles, realizando una abstracción y expresando que “este no es más que la identidad del sujeto pasivo de la

---

<sup>123</sup> Universidad de Navarra. *Unidad y Pluralidad de los Delitos. Concurso de Normas*, p.117. [www.unav.es/penal/iuspoenale](http://www.unav.es/penal/iuspoenale) (acceso: 28/6/2016).

<sup>124</sup> Juan Pablo Mañalich. “La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”. *Polít. crim.* Vol. 10, N° 20 (2015), p.504.

imputación”<sup>125</sup>, lo cual demuestra la tendencia de aplicación del concurso real por parte del autor. El hecho de disminuir el margen de interpretación del punto de conexión a la identidad del sujeto pasivo, reduciría la posibilidad de aplicación del concurso ideal.

Una vez definida la doctrina retributiva y analizada su aplicación específicamente en el caso del concurso real, se puede insistir en que el desarrollo doctrinario de la misma, así como de los casos de concurso, permite considerar acertada la afirmación de Isabel GONZÁLEZ, quien afirma:

Esta teoría “sólo ha contribuido a aumentar las estadísticas de delitos, al requerir, como remedio para mantener la enfermedad controlada, elevar los costos de la administración del sistema carcelario y el fomento de la escuela del delito y el rencor, sin obtener un impacto preventivo, dado que generalmente la aplicación de las penas se limita a los delitos menos dañinos y cometidos por los actores más débiles”<sup>126</sup>.

Ahora bien, cabe mencionar que este análisis es macro, y versa en su mayoría sobre delitos que afectan la integridad de la vida, y es la valoración de este bien jurídico protegido el justificativo para que las penas se apliquen a través del concurso real y se castigue con severidad. Sin embargo, los delitos financieros afectan el orden económico del Estado y, si bien estos generan un perjuicio importante, su misma ejecución normalmente requiere de una serie de actos destinados a un solo fin, por lo que la doctrina retributiva no sería muy adecuada.

Finalmente, hay que considerar que la teoría retributiva, por su afán punitivo, puede lesionar principios constitucionales y fundamentales del Derecho penal como son la prohibición de doble juzgamiento, legalidad y favorabilidad, los cuales se encuentran reconocidos además en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre todo en casos de delitos económicos, y más en el caso principal de estudio (conurrencia de lavado de asociación), en el que es evidente la vulneración a dichos principios, lo cual se detallará al final de este capítulo.

---

<sup>125</sup> Juan Pablo Mañalich. *La reiteración de hechos punibles...*, *Óp. cit.*, p.504.

<sup>126</sup> Isabel González. *¿Es la justicia restaurativa...* *Óp. cit.*, p.15.

### 3.1.2 Doctrina garantista

La doctrina garantista podría aplicarse a innumerables ramas del derecho, pero para el profesor José SÁEZ CAPEL:

Es en el ámbito derecho penal donde él se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en contraposición a las legislaciones totalitarias del S. XX y a las numerosas leyes de excepción; a la vez que expresa la exigencia propia de la Ilustración, de la minimización de ese terrible poder, que es el poder punitivo, mediante el estricto sometimiento a la ley del poder judicial penal y el sometimiento a las normas constitucionales del poder legislativo penal<sup>127</sup>.

La nota común del garantismo, tanto en el derecho penal como el procesal, es el respeto por las garantías fundamentales del ciudadano, así como la necesaria racionalidad de la intervención penal<sup>128</sup>.

Este reconocido penalista español inicia su investigación con el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proclama: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”<sup>129</sup>, generando un impacto y haciendo visibles los dos lados del derecho penal. Por otro lado, FERRAJOLI define al garantismo en una primera acepción como:

Un modelo normativo de derecho: *precisamente, por la que respecta al proceso penal, el modelo de <<estricta legalidad>> SG propio del estado de derecho que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo a de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de las ciudadanos.*<sup>130</sup>

Según este autor, la perspectiva garantista “invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre de validez de las leyes y sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal –y por tanto irrealizado y pendiente de realización– de sus propias fuentes de legitimación jurídica”<sup>131</sup>. Sin embargo, esta visión del garantismo puede resultar de cierta forma idealista en países

---

<sup>127</sup> José Sáez Capel. *El garantismo penal. La lógica contrapuesta de carácter represivo*, p. 7. [www.uss.edu.pe/.../pdf/2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%20LÓGI](http://www.uss.edu.pe/.../pdf/2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%20LÓGI) (Acceso: 4 de marzo de 2017).

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Art. 1.

<sup>130</sup> Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. 7ma ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 851 y 852.

<sup>131</sup> *Id.*, p. 853.

latinoamericanos, ya que como argumenta el profesor mexicano Francisco Roberto RAMÍREZ-RAMÍREZ: podría constituirse un sistema seleccionador, el cual:

*A priori* define cuando menos dos vertientes de actuación, una general y una de excepción, con mutabilidad de conceptos, silogismos defectuosos que por lo general validan normas que son de carácter excepcional, que confunde la seguridad ciudadana con seguridad del Estado, y que abre una puerta tan tétrica como aquella donde se lee “abandone toda esperanza aquel que entre aquí”<sup>132</sup>.

A pesar de que podría tener falencias en la parte procesal, esta doctrina se muestra contraria a la posición retributiva, porque prioriza el principio de presunción de inocencia y propugna aquella conocida frase de que: “es preferible cien culpables en la calle, que un inocente en la cárcel”<sup>133</sup>. Esta postura doctrinal se encuentra en una línea más acorde a los derechos humanos, ya que aspira a que el peso en la balanza en cuanto a protección de derechos constitucionales, caiga por igual tanto para la víctima como para el ofendido.

En cuanto a temas concursales, Hans WELZEL planteó una distinción importante entre el principio de acumulación jurídica que rige en forma ilimitada sólo para las penas perpetuas privativas de libertad y los demás casos (otros delitos), afirmando que en estos:

Se imponen varias penas temporales privativas de libertad a causa de crímenes o ciertos delitos, rige fundamentalmente el principio de asperación: se determina la pena individual para cada hecho y todas esas penas se reúnen en una pena conjunta, en la medida en que la pena individual impuesta más grave más grave es aumentada. La formación de la pena conjunta queda sujeta al arbitrio judicial<sup>134</sup>.

Estos principios son recogidos y desarrollados por la doctrina actual, como lo manifiestan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, para quienes el *principio de acumulación* que se aplica en el concurso real de limitarse ya que de no hacerlo podrían imponerse “penas draconianas, incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la

---

<sup>132</sup> Francisco Roberto Ramírez-Ramírez. *Vinculación a Proceso. Indicador garantista en el marco de un nuevo paradigma de justicia penal en México*. México D.F: Criminogenesis S.A, 2015, p. 55.

<sup>133</sup> Juan José Hinojosa Torralvo. “*Es preferible cien culpables en la calle, que un inocente en la cárcel*”. Diario Sur. [www.dariosur.es/20130317/local/malaga/juan-jose-hinojosa-preferible-201303170119.html](http://www.dariosur.es/20130317/local/malaga/juan-jose-hinojosa-preferible-201303170119.html) (Acceso: 23 de marzo de 2017).

<sup>134</sup> Hanz Welzel. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. Traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 279.

sensibilidad jurídica”<sup>135</sup>. Esta visión comparte la Comisión Nacional de Derechos Humanos mexicana, para la cual:

Las penas excesivas en cuanto a su duración, pueden representar una tendencia punitiva, que busca castigar con mayor severidad determinadas conductas delictivas que han afligido a la comunidad, provocando atentados contra la convivencia social, utilizando el derecho penal con extremos tales como condenar a perpetuidad a los transgresores de la norma<sup>136</sup>.

De esta manera, por ejemplo, un ladrón común que ha cometido varios hurtos podría ser condenado incluso a una reclusión mayor que la de un homicida o violador, y se llegarían a aplicar condenas de innumerables años de cárcel y multas desproporcionadas. Es por ello que, se supone que si se consideran ciertos criterios lógicos, “se llegue a penas proporcionadas a la valoración global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos y a su posible cumplimiento efectivo”<sup>137</sup>, a fin de que se respete el principio de intervención mínima del Derecho penal, que responde a *la última o extrema ratio*, y por el cual “el Estado, frente a un determinado conflicto, antes de recurrir al derecho penal, ha de agotar todos sus recursos y desarrollar otras alternativas políticas para su solución. Este solo puede imponerse ante la imposibilidad o el fracaso de otras políticas en la solución del conflicto”<sup>138</sup>.

La posición garantista de limitar la acumulación jurídica se sustenta en la finalidad de corrección de la pena y respeto de los principios de favorabilidad y doble juzgamiento; mientras que la posición retributiva contempla una acumulación aritmética absoluta que “llevaría a castigar con mayor severidad varios delitos menos graves que uno extremadamente grave”<sup>139</sup>, se respalda por teorías netamente retributivas, cuyo fin es sancionar la reincidencia acumulando penas indeterminadamente, sin importar que los mismos tipos delictivos afecten a un solo bien jurídico protegido. Esta diferenciación permite identificar que la doctrina garantista tiene una posición a favor

---

<sup>135</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal*. Parte General. 8va. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 468.

<sup>136</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. *Racionalidad de la pena de prisión*. Pronunciamiento por sus 25 años. México: CNDH, p. 3. [www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento\\_20160331.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf). (Acceso: 18 de enero de 2017).

<sup>137</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 34.

<sup>139</sup> Ángel Judel Prieto, y José Piñol Rodríguez. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. 4a. ed. Navarra: Aranzadi, SA, 2006, p. 425.

de la aplicación del concurso ideal, porque promulga y sobrepone las garantías constitucionales del imputado, sin importar la gravedad del delito cometido, a fin de sancionar la concurrencia delictiva de la forma más favorable al procesado, lo cual está reconocido en la legislación nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por tanto, a diferencia de la doctrina retributiva, la garantista puede ser aplicada más adecuadamente a los delitos económicos, ya que la aplicación del concurso ideal, implicaría una sanción conveniente y proporcional para este tipo de delitos, sobre todo en el caso de estudio, en el cual la ejecución del lavado de activos lleva intrínsecamente la necesidad de asociarse ilícitamente para su consecución. Al aplicar, la pena de la asociación ilícita (inferior) se absorbe por la del lavado de activos (superior), lo cual resulta lógico en el caso concreto, y respeta principios del derecho penal, sin permitir que los actos realizados queden impunes.

### **3.2 Jurisprudencia comparada**

Una vez expuestas las doctrinas sobre la acumulación jurídica de penas, se comenta, a continuación, jurisprudencia colombiana, venezolana, peruana, española y ecuatoriana sobre la aplicación de los tipos de concurso real e ideal, para fortalecer los argumentos para decidirse por el concurso ideal en los delitos económicos.

Las sentencias comentadas a continuación, parten de las consideraciones generales e interpretación de la institución de la acumulación jurídica de penas, las cuales son indispensables para una correcta aplicación concursal. Luego, plantea dos casos sobre concurso real en Perú y Venezuela, en los que se justifica la aplicación del concurso real por tratarse de delitos que atentan contra la vida. Sin embargo, para confrontar esta línea de pensamiento con aquella que ordinariamente se usa en delitos económicos (los cuales son el tema principal de este estudio), se expone una sentencia española que aplica el concurso ideal. Finalmente se realiza una crítica a una sentencia sobre tenencia ilícita de estupefacientes emitida la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana.

### 3.2.1 Consideraciones generales sobre la institución de la acumulación jurídica de penas y su interpretación en el orden jurídico colombiano

La Corte Constitucional Colombia, en la Sentencia C-1086/08, hace referencia a las consideraciones generales sobre la institución de la acumulación jurídica de penas de la siguiente forma:

En los sistemas jurídico penales se han diseñado diversas fórmulas para establecer los criterios que deben aplicarse para la medición judicial de la pena, cuando concurre un fenómeno, de significativa frecuencia en la práctica judicial, que la teoría penal ha denominado de unidad o pluralidad de acciones u omisiones típicas. Este fenómeno se presenta cuando una misma persona realiza una conducta (activa u omisiva) penalmente relevante, que puede hallar adecuación en dos o más tipos penales, o cuando realiza un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas que encajan en un mismo tipo penal, o en diversas figuras delictivas<sup>140</sup>.

Esta sentencia plantea modelos para la determinación de la pena, dentro de los cuales el más tradicional es el de acumulación material de penas, en el que la persona debe sufrir tantas penas como acciones hubiere realizado en sentido jurídico penal. Este mecanismo resultaría inconveniente porque podría llevar a la imposición de penas inmensurables, imposibilitar la unidad de la ejecución penal; e impedir que se cumpla con el fin de la reinserción. Otro modelo es el de absorción, según el cual, independientemente del número de infracciones a la ley penal en que incurra la persona, se entiende que la justicia se satisface con la imposición de la pena prevista para el delito más grave. En contra de este sistema se afirma su excesiva benignidad, y el desconocimiento de los principios del acto y de culpabilidad, que conducen a fenómenos de impunidad<sup>141</sup>.

Colombia plantea el sistema de acumulación jurídica de penas, como un mecanismo intermedio según el cual, una vez establecida la pena imponible a cada delito se aplica aquella correspondiente al delito más grave, aumentada en una determinada proporción. Desde una concepción jurídica, esta figura pretende satisfacer una exigencia de seguridad jurídica estableciendo una metodología para la medición judicial de la pena cuando concurre el fenómeno del concurso de delitos. Además, desde una noción filosófica la institución de la acumulación jurídica de penas es propia de los sistemas

---

<sup>140</sup> Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 460 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Sentencia C-1086/08 de 5 de noviembre de 2008.

<sup>141</sup> *Ibid.*

punitivos que se oponen a las penas excesivas; en los cuales el efecto intimidatorio, presente en las condenas de larga duración que no son razonablemente expiables en el transcurso de una vida humana, no constituye una función primaria de la pena<sup>142</sup>.

Dentro de estas consideraciones, se plantean diferentes fórmulas que conectan el mecanismo de cuantificación de la pena con los tipos de concurso, y se prevé la posibilidad de optar por un sistema intermedio entre el concurso real e ideal (acumulación jurídica de penas), que no genere penas excesivas, y tampoco deje la sensación de impunidad, el cual está vinculado a criterios de tres instituciones relacionadas. El legislador colombiano optó por este sistema intermedio, vinculado a algunos criterios orientadores, tal como se explica a continuación:

Una revisión sistemática del régimen de la acumulación jurídica de penas en el orden normativo nacional, obliga a hacer una breve referencia a tres instituciones estrechamente vinculadas a la dogmática de esta figura jurídica: el concurso de conductas punibles y los principios de unidad y conexidad procesal.

La acumulación jurídica de penas constituye un mecanismo de dosificación punitiva vinculado, en principio, al fenómeno del concurso de conductas punibles, cuya finalidad consiste en establecer, con fines de limitación, un criterio razonable para la determinación de la punibilidad en eventos de concurso ideal o material de delitos. Este mecanismo se opone al sistema de acumulación aritmética de las penas, en virtud del cual se impondrían tantas penas como delitos cometidos<sup>143</sup>.

El análisis colombiano en la presente sentencia es completo, y menciona una respuesta jurídico-filosófica para el fin de la acumulación de penas jurídicas. Se trata entonces de un sistema que busca un equilibrio entre el modelo de acumulación tradicional, que sanciona en razón de cada acción, y el de absorción, en el cual se impone la pena más grave. Por lo tanto, esta visión vela por un sistema punitivo acorde a los principios del derecho penal, sin dejar de imponer una pena adecuada y proporcional a cada infracción. No obstante, no se puede descartar la aplicación del concurso ideal de delitos cuando se verifiquen sus elementos, porque sobre el deseo de luchar contra la impunidad (acumulando penas) está el derecho del acusado de ser sentenciado mediante la aplicación del principio de legalidad y favorabilidad, en proporción al número de conductas infringidas.

---

<sup>142</sup> Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 460 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Sentencia C-1086/08 de 5 de noviembre de 2008.

<sup>143</sup> Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 460 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Sentencia C-1086/08 de 5 de noviembre de 2008

### 3.2.2 Aplicación del concurso real en el fallo resuelto por el ataque contra la etnia Warao en Venezuela

La siguiente jurisprudencia de la Fiscalía Quinta ante la Sala de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolana, aplicando el concurso real en el caso cometido contra la etnia Warao resuelve que por tratarse de diversidad de eventos, en tiempos y lugares distintos, en los que fue agredido un grupo de hombres y mujeres pertenecientes a la etnia Warao, lo que implica diversidad de sujetos pasivos, así como que los hechos no se encuentran tipificados en un solo delito. Por tanto se perpetraron varios delitos como homicidio frustrado contra una víctima, lesiones personales en perjuicio de tres de las víctimas, privación ilegítima de libertad contra cuatro de las víctimas, tratos crueles contra dos de los privados ilegítimamente de libertad, violación contra cinco mujeres, lo que indica que existieron múltiples víctimas y a su vez de múltiples delitos producidos por múltiples actores, evidenciándose un concurso real de delitos, por tratarse de varias acciones<sup>144</sup>.

Estas ideas encuentran sustento en doctrina penal nacional e internacional, en las que se ha establecido de manera reiterada, al igual que en la jurisprudencia, que al tratarse de concurso real, es preciso distinguir por víctimas, ya que cada una es titular de su bien jurídico. Por esta razón, al tratarse del mismo delito, por ejemplo lesiones, se distinguen por víctimas, lo que hace concluir que contra cada uno de los lesionados se ha perpetrado un delito que entra a concursar de manera real, lo cual es reconocido por el Código Penal Venezolano desde tiempos remotos<sup>145</sup>. En razón de lo expuesto Fiscalía Quinta ante la Sala de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela decidió que:

En el caso que se examina, resulta claro y sin duda alguna la existencia de un Concurso Real de delitos, ya que se trató de pluralidad de delitos autónomos, diversos actos delictivos en momentos totalmente distintos, en lugares diferentes y sobre víctimas varias, en donde cada víctima es titular de su bien jurídico vida, indemnidad sexual, integridad física, etc., lográndose colegir que se encuentran diferenciados los

---

<sup>144</sup> Fiscalía Quinta ante la Sala de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. S/N.

<sup>145</sup> *Ibid.*

delitos por víctima, incluso por el lugar o sitio donde fueron perpetrados, así como que se trató de ocho (08) víctimas de la Etnia Warao y un (01) civil<sup>146</sup>.

En este caso, es visible una debida aplicación del concurso real, ya que se probaron distintos tipos delictivos autónomos sobre varios sujetos pasivos, lesionando además diversos bienes jurídicos protegidos. No existe duda de la correcta aplicación de este tipo de concurso, ya que los hechos demuestran una clara pluralidad de delitos autónomos, realizados en momentos totalmente distintos, en lugares diferentes y sobre varias víctimas. Sin embargo, y aunque en la realidad se torne complicado por la percepción humana de los magistrados, no todos los casos de delitos contra la vida implican necesariamente la aplicación del concurso real, ya que existen casos en los que, por ejemplo: “no por haber apuñalado varias veces se consumaron homicidios, o no por haber existido varios tocamientos se puede considerar que existieron varios abusos sexuales”, así que dependerá del caso concreto.

### **3.2.3 Recurso de nulidad interpuesto contra la aplicación del concurso ideal en un caso sentenciado en Perú**

En Perú, interpuso el Fiscal Supremo en la Corte Suprema de Justicia, un recurso de nulidad contra la sentencia del dieciséis de octubre de dos mil doce, en el extremo que impuso a Javier Cabrera Huamaní, doce años de pena privativa de libertad, en el proceso penal que se le siguió por delito contra la vida, cuerpo y la salud, en las modalidades de homicidio simple, en agravio de Celsa Serrano Huamanñahui, y de feminicidio, en grado de tentativa, en agravio de Tomasa Marlene Balderrama Serrano, sobre la cual se solicitó que se anule el concurso ideal aplicado por el Tribunal Superior en la instancia previa y se declare la existencia de un concurso real de delitos.

El Fiscal Superior, en su recurso, cuestiona el *quantum* de la pena, y alega que los criterios de determinación de la pena empleados por la Sala Superior resultan inadecuados, pues no se analizaron las acciones independientes realizadas por el procesado, quien actuó en concurso real y no ideal. Agrega que la dosificación de pena no es proporcional a las circunstancias del hecho y el bien jurídico vulnerado, por lo que debe incrementarse la pena. En efecto, el día de los hechos, el acusado tuvo la

---

<sup>146</sup> Fiscalía Quinta ante la Sala de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. S/N.

determinación criminal de atentar primero contra la vida de su exconviviente, a quien no logró matar, y luego procedió a victimar a la madre de esta, cuando intentó salir en su defensa. Por tanto, no fue una sola acción, como lo sostiene la Sala Superior, sino que se trata de acciones y voluntades independientes o autónomas, las cuales únicamente coincidieron en un mismo contexto criminal<sup>147</sup>.

En este contexto, reformula el *quantum* de la pena. A partir de la sumatoria de estas, en virtud al concurso real de los delitos de homicidio simple y tentativa de feminicidio, con atención al marco punitivo previsto para cada uno de los citados tipos penales. Así, la pena concreta que corresponde por el primer delito es de trece años y, por el segundo ilícito, diez años de pena privativa de libertad, sanciones punitivas que hacen un total de veinte tres años, y dispone que:

Por estos fundamentos: de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon HABER NULIDAD en la sentencia conformada de fojas trescientos cincuenta y siete, del dieciséis de octubre de dos mil doce, en el extremo que impuso a Javier Cabrera Huamaní, doce años de pena privativa de libertad, en el proceso penal que se le siguió por delito contra la vida, cuerpo y la salud, en las modalidades de homicidio simple, en agravio de Celsa Serrano Huamanñahui, y de feminicidio, en grado de tentativa, en agravio de Tomasa Marlene Balderrama Serrano; reformándola: le IMPUSIERON veinte años de pena privativa de libertad, la misma que computada desde el veintiséis de enero de dos mil doce vencerá el veinticinco de enero de dos mil treinta y dos; con lo demás que contiene; y los devolvieron [...] <sup>148</sup>.

En esta sentencia que hace referencia de igual forma a concurso real, se casa parcialmente la sentencia y se declara la nulidad de una errónea interpretación del juez *a quo*, por haber resuelto como ideal un caso de concurso real, al haberse afectado la vida de dos personas, aun cuando solo uno de los delitos imputados llegó a consumarse, aumentándose severamente el *quantum* de la pena. Como se mencionó anteriormente, es posible determinar que cuando se trata de delitos que atentan contra la vida, los operadores de justicia tienden a aplicar el concurso real, acumulando penas por cada infracción cometida. Sin embargo, cabe precisar que el tipo de concurso y el mecanismo de imposición de la pena dependen del bien jurídico protegido que haya sido deteriorado, de la interpretación político-criminal del funcionario que aplique el concurso.

---

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia de Perú. Sala Pena Transitoria. R.N.N.288-2013 Apurímac.

<sup>148</sup> Corte Suprema de Justicia de Perú. Sala Pena Transitoria. R.N.N.288-2013 Apurímac.

En consecuencia, las resoluciones venezolana y peruana resumidas aplican el concurso real fundamentando su decisión en la pluralidad de tipos cometidos. Sin embargo, la aplicación del concurso real en el caso peruano queda en entredicho, porque más allá de cualquier crítica sobre el tipo de femicidio, la Corte está aplicando este tipo de concurso y aumentando la pena mediante acumulación material en un caso compuesto de un delito consumado (homicidio simple), y la tentativa de un delito (femicidio). No existieron dos acciones, ya que el fin del delictivo del sentenciado fue atentar contra la vida de su exconviviente, y la acción que resultó en homicidio simple contra su madre fue un medio que circunstancialmente tuvo que ejecutar. Por ende, a pesar de que la tentativa es un tipo independiente que en esta sentencia se sumó en concurso real, existe también la posibilidad de aplicar el concurso ideal ya que dicha tentativa (acción) fue parte de un delito mayor que si llegó a consumarse (homicidio).

### **3.2.4 Ratificación e interpretación del Tribunal Supremo Español sobre el concurso ideal**

Cuando se trata de delitos económicos, mayoritariamente se aplica el concurso ideal de normas, ya que el cometimiento de este tipo de delitos requiere de distintas conductas que configuran tienen un fin delictivo. Por esta razón, se hace referencia a la jurisprudencia española, en la que el Tribunal Supremo ratificó la sentencia de primer grado respecto a la aplicación del concurso ideal y absorción, aduciendo que la Sección Tercera ha absuelto a los acusados en sentencia previa, al reputar absorbido el ilícito contra la Hacienda Pública en las condenas, mediante sentencia pronunciada que les juzgó como autores de un delito de blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. Para los juzgadores se trata de una cadena delictiva: delito contra la salud pública –delito de blanqueo de capitales– supuesto delito de fraude fiscal, y es el último delito de la cadena el motivo del recurso<sup>149</sup>.

El recurso del Ministerio Fiscal objeta que no cabe aplicar al caso la doctrina jurisprudencial sobre concurso de normas porque la condena del delito inicial (blanqueo de capitales) no es firme y porque constan incrementos de patrimonio no declarados que pueden tener su origen parcial en el delito de blanqueo de capitales, pero no justificarse

---

<sup>149</sup> Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación nº 2516/2007 Ponente: Sr. García Pérez Sentencia: nº 769/2008 de fecha 30/10/2008.

una relación absoluta entre ellos, pues el simple cotejo matemático descartaría esa posibilidad. El tribunal no encuentra razón para excluir el caso del supuesto contemplado por la jurisprudencia que les favorece, lo que será contrario a la seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 CE. Por otro lado, si se admite, como hace el Ministerio Fiscal, que la correspondencia aritmética entre blanqueo de capitales y fraude fiscal, contemplados respectiva y definitivamente en uno y otro proceso no fuera total, esta situación debió probarse con anterioridad<sup>150</sup>. Por lo tanto, concluye que:

No hay razón, así pues, para rechazar la aplicación al caso presente y singular de la última y matizada doctrina jurisprudencial acerca de concurso de normas y no de delitos entre los supuestos de blanqueo de capitales y fraude fiscal, cuando el comiso decretado por los primeros abarque los incrementos no declarados. Y debe, con arreglo al art. 901 LECr., declararse no haber lugar al recurso de dicho Ministerio, aunque sin condena en las costas de ese recurso (F. J. 6º)<sup>151</sup>.

En la presente sentencia, en la cual se acusan los delitos de blanqueo de capitales proveniente del tráfico de drogas, y fraude fiscal, se determina que realmente existió un concurso de normas y no de delitos, ya que el comiso del blanqueo abarca el incremento patrimonial no declarado que requiere el fraude fiscal. A través del rechazo del presente recurso que objetaba la aplicación de un concurso de delitos, es posible observar que cuando se trata de delitos económicos, existe una mayor posibilidad de que los funcionarios públicos apliquen un concurso ideal de normas (pena menor) antes que un concurso delitos (pena mayor), lo cual responde a un factor humano, quizás porque la vulneración del orden económico no genera el mismo impacto para un funcionario que las diversas vulneraciones cometidas contra la vida humana, como se planteó en casos anteriores.

Por tanto, los argumentos de este fallo del Tribunal Supremo español contribuyen a verificar la hipótesis de esta investigación de que los delitos económicos deberían resolverse bajo la aplicación del concurso ideal, porque requieren de un actuar complejo, que difícilmente podrá ejecutarse sin realizar previamente o a la par otros tipos vinculados al mismo.

---

<sup>150</sup> Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación nº 2516/2007 Ponente: Sr. García Pérez Sentencia: nº 769/2008 de fecha 30/10/2008.

<sup>151</sup> *Ibíd.*

### 3.2.5 Recurso de revisión de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

La Sala especializada de lo Penal, Penal militar, Penal policial y Tránsito, en el recurso de revisión No. 1133-2014, de fecha 31 de agosto de 2015, a las 08h15, interpuesto en contra de la sentencia emitida por el Noveno Tribunal de Garantías Penales del Guayas, el 3 de septiembre del 2012, a las 08h15, en el que se declara culpable al acusado, en calidad de autor, del delito tipificado en el artículo 62 de La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente en ese entonces, imponiéndole la pena atenuada de ocho años de reclusión mayor ordinaria, y la multa de cien salarios mínimos vitales generales. Esta Sala argumentó que como consecuencia de que la legislación nacional haya decidido generar diferencias en la tipificación de los delitos relacionados con las drogas en el COIP y Resolución Nro. 002-CONSEP-CD-2014 del CONSEP, tras otorgarle relevancia a su clase y cantidad, “es que ya no se puede considerar al desarrollo de un mismo verbo rector del tipo, que recaiga sobre dos o más sustancias diferentes, como una idéntica conducta”.

[...] La actualización del COIP busca efectuar en el pensamiento jurídico de la materia que regula, pues tal como se determina en su exposición de motivos, su expedición propende a que”... las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad (...) **existi[endo] cierta felación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena...**” (énfasis fuera del texto), lo que aplicado a los delitos relacionados con las drogas, intenta impedir que se juzgue de la misma forma a quien se encuentra en tenencia de una sustancia ilícita, que a quien lo hace con varias, pues este último incorpora voluntariamente un mayor grado de injusto en su conducta, debiéndose tomar estos factores altamente en cuenta, ya que”... el tráfico ilícito [dentro del cual se encuentra la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes,] es una actividad delictiva cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad...” según deviene de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, del año 1998<sup>152</sup>.

El Tribunal de Revisión concluye que quien desarrolla un actuar delictivo sobre distintas clases y cantidades de droga, comete conductas diferenciadas que requieren su propio encuadramiento normativo, por lo que corresponde aplicar la regla de acumulación fijada en el Código Orgánico Integral Penal, en conjunto con las demás consideraciones que se han vertido en el fallo. Finalmente, el tribunal cuantifica la pena de ochenta días de privación de libertad, y debido a que el sentenciado se encuentra

---

<sup>152</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala especializada de lo Penal, Penal militar, Penal policial y Tránsito. Recurso de Casación. Causa No. 1133-2014 de 31 de agosto de 2015.

privado de su libertad en un tiempo superior al dispuesto en esta sentencia, ordena su inmediata libertad al finalizar la audiencia, ratificando la multa puesta en primera instancia.

Previo al análisis de la resolución citada, es necesario conocer que al autor se le encontró con dos tipos de sustancias: pasta base de cocaína (40 gr.) de peso neto; y marihuana (5 gr.) de peso neto.

En esta sentencia se puede identificar los siguientes aspectos:

- 1) Se realiza una extensa interpretación sobre la exposición de motivos del COIP, y su facultad de imponer “obligaciones inaplazables y urgentes” en razón de las profundas transformaciones económicas, sociales y políticas que ha sufrido el Ecuador las últimas décadas; no toma en cuenta aquellos principios del Derecho penal, la Constitución, e instrumentos internacionales, que garantizan la aplicación de una pena en la que no exista duda razonable sobre su imposición.
- 2) El hecho de afirmar que el código penal anterior generaba una percepción de “impunidad y desconfianza”, no justifica la aplicación del concurso real y acumulación de penas jurídicas en cualquier caso. El hecho de que el COIP y la tabla del CONSEP normativamente expresen que la posesión o tenencia de una u otra sustancia afecte en un mayor grado a la salud pública, no implica que la interpretación sobre el tipo de concurso que vaya a aplicarse deba alejarse de las teorías sobre la unidad y pluralidad de conductas y unidad y pluralidad de tipicidades que fueron mencionadas en el primer capítulo.

Esta sentencia, al establecer que “ya no se puede considerar al desarrollo de un mismo verbo rector del tipo, que recaiga sobre dos o más sustancias diferentes, como una idéntica conducta”, descontextualiza el sentido de todas las teorías sobre la unidad y pluralidad de acciones y tipicidades que fueron expuestas al principio de esta investigación, y coloca a la necesidad político-criminal de sancionar con más rigurosidad los delitos relacionados con drogas, sobre aquellos principios fundamentales de Derecho penal, que garantizan el debido proceso y un juzgamiento acorde a preceptos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos.

Por tanto, esta resolución confirma la relevancia del estudio de los concursos de delitos, para su correcta aplicación. Independientemente del bien jurídico protegido, y el tipo de delito del que se trate, siempre debe dictarse una resolución con base en las

teorías doctrinarias, jurisprudencia extranjera y métodos de interpretación más adecuados, que garanticen el debido proceso y una aplicación respetuosa de los principios fundamentales establecidos en la legislación nacional como en tratados internacionales.

### 3.2.6 Balance del análisis de la jurisprudencia

De lo analizado en el apartado anterior, se puede concluir que, en el caso colombiano, el fallo constitucional permite identificar las consideraciones para el problema concursal; en el caso venezolano, se nota una aplicación adecuada del concurso real, aunque no en todos los casos de delitos contra la vida se deban resolver de la misma manera; el caso español, es muy útil para esclarecer la aplicación del concurso ideal en los delitos económicos; finalmente, el caso ecuatoriano presenta muchas problemas (véase Tabla 3).

**Tabla 3: Jurisprudencia sobre el concurso de delitos**

| País      | Tipo de sentencia <sup>153</sup> | Tipo de concurso | Evaluación  |
|-----------|----------------------------------|------------------|---|
| Colombia  | Demanda de inconstitucionalidad  | Real e ideal     | Consideraciones sobre la acumulación jurídica de penas útiles para la interpretación concursal.   |
| Venezuela | Casación                         | Real             | Correcta aplicación del concurso real.  |
| Perú      | Recurso de nulidad               | Real             | Aplicación del concurso real que bien pudo haberse mantenido ideal como se aplicó en la instancia previa (esto depende del juzgador).   |
| España    | Casación                         | Ideal            | Correcta aplicación del concurso ideal en los delitos económicos lavado de activos y fraude fiscal, los cuales tienen una estrecha relación.  |
| Ecuador   | Casación                         | Real             | Incorrecta aplicación del concurso real, basada en justificaciones sociales que no responden a las teorías sobre unidad y pluralidad de conducta y tipicidades planteadas doctrinariamente. |

<sup>153</sup> Corte Constitucional de Colombia Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 460 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Sentencia C-1086/08. 5 de noviembre de 2008; Fiscalía Quinta ante la Sala de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. S/N; Corte Suprema de Justicia de Perú. Sala Penal Transitoria. R.N.N.288-2013 Apurímac; Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación nº 2516/2007 Ponente: Sr. García Pérez Sentencia: nº 769/2008 de fecha 30/10/2008; Corte Nacional de Justicia. Sala especializada de lo Penal, Penal militar, Penal policial y Tránsito. Recurso de Casación. Causa No. 1133-2014 de 31 de agosto de 2015.

En el caso ecuatoriano, no se aplica bien el concurso real y esto vulnera principios constitucionales como la prohibición de doble juzgamiento *Ne bis in ídem*, y el principio de favorabilidad *favor rei*. Vulnera el primero al sancionar la tenencia de distintos tipos de droga como dos tipos de tenencia diferentes y aplica el concurso real acumulando penas, cuando lo que correspondería es la aplicación del concurso ideal, y consecuentemente la absorción de la conducta más grave, de aquellas conductas menores que integran el tipo.

Por tanto, la referencia jurisprudencial permite entrever que cuando se trata de delitos económicos –tema específico de la presente investigación– España es un referente por su extensa aplicación de concurso en este tipo de delitos, y se debe rescatar la valoración que los operadores de justicia dan a conductas relacionadas al delito de lavado de activos, aplicando el concurso ideal, porque el cometimiento de esta figura delictiva ya sanciona aquellas conductas necesarias (herramientas) para ejecutar el delito compuesto de lavado de activos y vulnerar el orden económico del Estado, a pesar de que sean tipos autónomos dentro de su legislación.

### **3.3 Principios vulnerados con la aplicación del concurso real al concurrir el lavado de activos y la asociación ilícita**

Otro de los aspectos que confirman la hipótesis de esta investigación sobre la aplicación del concurso ideal en los delitos económicos, es que la aplicación del concurso real –cuando se ejecuten conjuntamente los delitos de lavado de activos y asociación ilícita– vulnera varios principios constitucionales del debido proceso. En esta investigación solo se hará referencia a tres de esos principios que son fundamentales.

#### **3.3.1 Prohibición de doble juzgamiento**

La prohibición de doble juzgamiento, establecida en el artículo 14, numeral 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>154</sup>, y en el art. 8, numeral 4, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>155</sup>, significa para los profesores Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE: “que nunca se pueden imponer

---

<sup>154</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2011). Artículo 14.

<sup>155</sup> Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 8.

dos penas o dos agravaciones respecto de un mismo hecho o una misma circunstancia”<sup>156</sup>.

Este principio reconocido en el artículo 76, numeral 7, letra i de la Constitución de la República del Ecuador<sup>157</sup>, es parte del principio de legalidad, y garantiza la protección de derechos humanos del presunto infractor, los cuales no pueden verse coartados por el poder punitivo del Estado. Este principio está reconocido en el artículo 5 numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal de la siguiente manera:

Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.<sup>158</sup>

En definitiva, tanto tratados internacionales como la doctrina y cuerpos legales nacionales, coinciden en la importancia de no juzgar un hecho más de una vez, lo cual se vincula la finalidad de la pena, que debe aplicarse en *ultima ratio* y respetar los principios reconocidos en la Constitución. La aplicación del concurso real en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita, estaría imponiendo una doble pena por el mismo hecho, porque se estaría sancionando la asociación dos veces, una como tipo independiente, y otra como presupuesto que agrava la pena dentro del tipo de lavado, lo cual produciría una evidente vulneración a este principio fundamental. Por ello, es más adecuado aplicar el concurso ideal, como se propone en este estudio.

### 3.3.2 Legalidad

Este principio está reconocido en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>159</sup>, y el COIP contempla este principio en el artículo 5, numeral primero, expresando lo siguiente:

---

<sup>156</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 35.

<sup>157</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 7, letra i. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>158</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 5, numeral 9. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>159</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). Art. 7.

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

Sin embargo, este principio abarca varios aspectos, entre los cuales se encuentra el de la legalidad del delito, que para PÉREZ PINZÓN significa: “que nadie puede ser sometido a proceso penal, por conducta que, previamente no haya sido expresa, clara, exacta e inequívocamente definida en la ley penal como delictiva”<sup>160</sup>.

Sin embargo, la frase expresada en el artículo 317 que tipifica el lavado de activos en el COIP, la cual señala que: “[e]stos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas”<sup>161</sup>, atenta contra la necesidad de que la ley penal deba ser clara, exacta e inequívocamente definida, porque de una manera confusa, deja abierta la posibilidad de aplicación del concurso real para este tipo delictivo y la asociación ilícita, lo cual afectaría al imputado en este principio. No puede existir legalidad al aplicar el concurso real en los delitos de lavado y asociación, porque al sancionar la asociación ilícita autónoma y la que está dentro del lavado de activos, se estaría sancionando al “tipo penal dentro del tipo penal”, situación que rompe el principio de legalidad y la seguridad jurídica del imputado.

### 3.3.3 Favorabilidad

Este principio, se encuentra reconocido en la Constitución<sup>162</sup> y en el artículo 5, numeral segundo del COIP, de la siguiente forma:

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

Este principio promulga que toda persona que sea juzgada a través de un proceso penal, tiene derecho a que se la aplique la ley y/o la jurisprudencia que más le favorezca. Esta ley favorable sería aquella que, respecto de otra y dependiendo el caso

---

<sup>160</sup> Álvaro Pérez Pinzón. *Los Principios Generales del Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 74.

<sup>161</sup> Código Orgánico Integral penal. Artículo 317. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>162</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76, numeral 5. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

concreto, mejora la situación del imputado. Para determinar esta ley más conveniente, se aplican vías como la ultractividad, retroactividad, ley intermedia, combinación, conjunción o conjugación de leyes<sup>163</sup>.

Por ende, al aplicar el concurso real en los tipos de lavado y asociación ilícita, se vulneraría este principio, ya que la aplicación de la ley más favorable para el imputado en delitos económicos corresponde a la del concurso ideal.

De lo expuesto, la mejor forma de precautelar los derechos constitucionales del procesado y las garantías del debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia, es la aplicación del concurso ideal cuando se trata de delitos económicos, más aun en el caso desarrollado de concurrencia de lavado de activos y asociación ilícita, evitando así una punibilidad injustificada y violatoria de principios y derechos constitucionales.

---

<sup>163</sup> Sobre el tema véase: Álvaro Pérez Pinzón. *Los Principios Generales del Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 74.

## **Capítulo IV: Conclusiones**

De la investigación realizada, se pueden extraer las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. Para una correcta aplicación concursal, se debe partir la teoría de la unidad o dualidad de conducta y las diversas teorías sobre la unidad de pluralidad de conductas y tipicidades, que surgen como una respuesta doctrinaria antigua a aquel conflicto al que se le denominó delito continuado. Estas teorías sirven como un preámbulo para la aplicación de las distintas modalidades concursales, las cuales son empleadas por distintos operadores de justicia con el fin de garantizar los principios de economía procesal y celeridad. Sin embargo, cabe recalcar que el ejercicio de estos principios no puede estar sobre aquellas garantías constitucionales que protegen a quien enfrenta al sistema punitivo del Estado, lo cual debe ser analizado previo a la aplicación de un tipo de concurso, ya que una indebida aplicación del mismo podría lesionar derechos y garantías que favorecen al imputado.
2. El origen del delito continuado y su evolución histórico-jurídica, sumado al análisis de las teorías de la unidad y pluralidad de tipicidades, y el conocimiento de la relación del concurso con la conexidad, permite tener un margen amplio de análisis de los distintos tipos de concurso en cuanto a sus elementos y ejecución. Cuando se aplique el concurso de delitos, se debe realizar una interpretación aplicada al caso concreto, porque existen factores jurídicos y sociales que pueden variar la decisión sobre el concurso que sería más adecuado. Además, la explicación sobre el concurso de delitos y el concurso de leyes, contribuye al manejo de términos que suelen confundirse y son necesarios para una correcta aplicación concursal, que siempre debe darse conforme a la Constitución, los principios fundamentales del Derecho penal e instrumentos internacionales de derechos humanos.
3. La visión criminológica de los delitos de lavado de activos y asociación ilícita tiene una gran importancia debido su origen y trascendencia social, puesto que los dos tipos penales se originan en la antigüedad y evolucionan constantemente hasta el día

de hoy. Diferenciar su estructura en la tipicidad es útil para un mejor entendimiento de los criterios doctrinales de resolución del concurso. A pesar de que su aplicación no tiene el mismo tratamiento ni siquiera en los países culturalmente similares, y tampoco a nivel internacional, ya que las soluciones y perspectivas jurídicas son muy diferentes, es posible visualizar que cada vez el sistema de acumulación se va eliminando de las regulaciones como principio de determinación de la pena en supuestos concursales, y se convierte en una función exclusiva de límite máximo de la pena.

4. Otro factor determinante para demostrar que no puede aplicarse el concurso real cuando concurren el lavado de activos y la asociación ilícita, es que se trata de delitos de resultado y peligro, respectivamente. Por al tanto, al aplicar el concurso real se estaría sancionando el resultado, y además el peligro dentro del resultado. Si bien el lavado de activos es un delito complejo y de alto riesgo para el orden económico del Estado, no sería apropiado que bajo ninguna circunstancia (cualquier tipo de delito), el concurso sancione el peligro de que se cometa el delito, además del daño real que el mismo produjo al consumarse. Esta consideración es válida para el caso en que el lavado de activos concorra con otros tipos penales, que normalmente son la estafa, receptación, defraudación tributaria; debido a su relación con el lavado y sin las cuales este difícilmente podría llegar a consumarse.
5. El COIP tipifica al delito de asociación ilícita de forma autónoma e independiente, y adicionalmente se refiere este tipo dentro del delito de lavado de activos (aumentando la pena). Además, en el mismo tipo de lavado, este código manifiesta expresamente la posibilidad de que pueda aplicarse la acumulación de penas, lo cual constituye una evidente contradicción al principio de doble juzgamiento, porque al ser el lavado un tipo compuesto, la valoración de la asociación ilícita ya se tomó en cuenta dentro de su juzgamiento, y de volver a ser valorada se atentaría contra el mencionado *non bis in ídem* y el principio de favorabilidad que garantizan seguridad jurídica para el procesado. La comparación con un tipo penal compuesto o agravado, es útil para comprender la razón de por qué no se debe valorar una conducta dentro de un tipo penal que ya está sancionando dicha conducta al estar integrada en el mismo.

6. La hipótesis de esta investigación queda suficientemente fundamentada por el hecho de que la mejor forma de precautelar los derechos constitucionales del imputado y las garantías del debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia, es la aplicación del concurso ideal cuando se trata de delitos económicos, evitando de esta forma una doble valoración de conductas que atentaría contra el principio de prohibición de doble juzgamiento y provocaría una punibilidad desproporcional e injustificada. La ejecución de este tipo de delitos es compleja, y requiere de acciones como la asociación ilícita, que a pesar de ser tipos autónomos, ya son parte del delito compuesto, que en el caso de este estudio es el lavado de activos. Por esta razón, la aplicación del concurso ideal sería suficiente para una adecuada valoración y determinación de la pena en el caso de concurrencia de delitos económicos.
7. Para tomar una decisión sobre las distintas modalidades concursales que pueden ser aplicadas, es importante conocer los tipos de doctrina que favorecen y contradicen la aplicación del concurso real de delitos. Por un lado está la doctrina retributiva, que sustenta la mayoritaria aplicación del concurso real, sobre todo cuando se trata de delitos que atentan contra la vida; mientras que por otra parte está la doctrina garantista, la cual prefiere la aplicación del concurso ideal, porque considera que este es suficiente en cuanto a la determinación de la pena y favorece garantías constitucionales que protegen al imputado. Estas doctrinas sirven como referencia para los distintos operadores de justicia, a quienes corresponderá tomar la decisión de aplicar uno u otro tipo de concurso dependiendo del caso concreto y los delitos que concurran.
8. Además de la doctrina, la jurisprudencia comparada de aquellos países donde se ha aplicado el concurso de infracciones con anterioridad, sirve como referencia de la forma de aplicación y el análisis que corresponde a cada tipo de delito. Cada ordenamiento jurídico tiene una posición distinta, que refleja la situación jurídica, gubernamental y social del país en el que se aplica el concurso, como una institución de derecho penal útil para acumular penas jurídicas de distintos tipos delictivos y así agilizar el proceso de juzgamiento de los mismos, tratando de garantizar los principios de economía procesal y celeridad. En Ecuador, la tipificación de los concursos real e ideal en el COIP, hace necesaria una correcta aplicación concursal, y un sistema de control en el uso de la misma, a fin de precautelar los derechos del

imputado. Este control corresponde a los distintos operadores de justicia, quienes tienen la responsabilidad de aplicar este sistema respetando siempre el debido proceso y la seguridad jurídica que resguardan al imputado.

9. En la actualidad, el desarrollo de los derechos humanos y la propuesta de modelos relativamente nuevos como el de justicia transicional, han contribuido para que el sistema de Derecho penal se oriente a una visión garantista, en la que se vele por el respeto a los derechos del imputado, y se le garantice un juicio penal respetuoso del debido proceso y seguridad jurídica que este merece. El procesado está respaldado por normas y principios constitucionales, además principios fundamentales del derecho penal y diversos instrumentos internacionales. Por lo tanto, a pesar de la gravedad de los delitos que puedan cometerse, el daño que implicaría una incorrecta aplicación concursal sería irreversible, por lo que un análisis exhaustivo sobre las posibilidades de aplicación de las distintas modalidades concursales resulta necesario.
10. La aplicación del concurso real cuando concurren delitos económicos, específicamente el caso del lavado de activos y la asociación ilícita, causaría la vulneración de varios principios. En esta investigación se hace referencia a tres de los más importantes que son la prohibición de doble juzgamiento, la legalidad y la favorabilidad. Estos principios están garantizados por la Constitución, principios fundamentales del Derecho penal, e instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que la vulneración de los mismos afectaría el debido proceso y la seguridad jurídica del procesado. Una de las principales finalidades del derecho penal es limitar el poder punitivo del Estado, y si bien no debe existir impunidad cuando exista certeza absoluta de que se cometió la infracción, la sanción debe cumplir su finalidad sin vulnerar a quien hubiere cometido el delito.

## Bibliografía

- Aguirre León, Gabriela. *Análisis Jurídico del Delito de Asociación Ilícita en el Código Penal Ecuatoriano*. Tesis de Grado. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2006.
- Álvarez Pozo, María de la Palma. *El concurso ideal de delitos*. Tesis doctoral. Universidad de Granada. Granada, 2007.
- Andrade, Xavier. *Viabilidad del Concurso material en Delitos Económicos*. Congreso de Derecho Penal Económico del 20 al 24 de junio, 2016.
- Araujo Granda, María Paulina. *Derecho Penal Económico. Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: CEP, 2010.
- Bacigalupo, Dalton E. *Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados Miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, en Derecho Penal Económico*. Hammurabi, 2000.
- Bautista, Norma et al. *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*. 1era ed. República Dominicana: Justicia y Gobernabilidad, 2005.
- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004.
- Campos, Alberto A. *Introducción a la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- <sup>9</sup>Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Volumen I. Bogotá: Temis, 2004.
- . *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. 2da ed. Madrid: GÓNGORA, 1926.
- Castex, Francisco. *Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal*. [www.derecho.uba.ar/.../asociacion-ilicita-y-principios-constitucionales-del-derecho-penal](http://www.derecho.uba.ar/.../asociacion-ilicita-y-principios-constitucionales-del-derecho-penal).
- Cerezo Mir, José. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: B de F, 2008.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. *Racionalidad de la pena de prisión*. Pronunciamiento por sus 25 años. México: CNDH, p.3. [www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento\\_20160331.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf).
- Conti, Néstor Jesús. *Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos*. [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30625-algunas-consideraciones-acerca-teoria-del-concurso-delitos](http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30625-algunas-consideraciones-acerca-teoria-del-concurso-delitos).
- Creus, Carlos. *Derecho Penal*. Parte General. 5ta ed. Buenos Aires: ASTREA, 2011.
- De la Cruz Ochoa, Ramón. *Crimen Organizado: aspectos criminológicos y penales*. Tesis Doctoral. Universidad de la Habana. Ciudad de La Habana, 2007.
- Días Gómez, Andrés. *Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos*. [www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diaz.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diaz.pdf).

- <sup>18</sup>Donna, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. 2da ed actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- . Precisiones sobre el principio de legalidad. México D.F: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, s/f, p.15. [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/7.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/7.pdf).
- Fernández Carlier, Eugenio. *Estructura de la tipicidad penal*. 3era ed. Bogotá D.C: IBAÑEZ, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. 7ma ed. Madrid: Trotta, 2005.
- Ferré Olivé, Juan Carlos “Blanqueo de Dinero y Criminalidad Organizada” en *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Perú: ARA Editores, 2005.
- Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. 2da ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- García Cavero, Percy. *El delito de lavado de activos*. 2da ed. Buenos Aires: B de F, 2016.
- Goldstein, Raúl. *Diccionario de derecho penal y criminología*. 2da. ed. Buenos Aires: ASTREA, 1983.
- González, Isabel. “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”. *Revista de Justicia Restaurativa*. RJR N° 2. p. 14. (2012). [www.pensamientopenal.com.ar/.../33921-es-justicia-restaurativa-aporte-valores-del-sistema-juridico](http://www.pensamientopenal.com.ar/.../33921-es-justicia-restaurativa-aporte-valores-del-sistema-juridico).
- Gossel, Karl Heinz “Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, N° 21 (oct-dic). Bogotá: Legis, 2017.
- Hernández Plasencia, José Ulises. “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?”. *Anuario de la Universidad de la Laguna* p. 116. [www.boe.es/publicaciones/anuarios.../abrir\\_pdf.php](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios.../abrir_pdf.php).
- Hernández Quintero, Hernando A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. 7ma ed. Bogotá, D.C: IBAÑEZ, 2015.
- Hinojosa Torralvo, Juan José. “*Es preferible cien culpables en la calle, que un inocente en la cárcel*”. *Diario Sur*. [www.diariosur.es/20130317/local/malaga/juan-jose-hinojosa-preferible-201303170119.html](http://www.diariosur.es/20130317/local/malaga/juan-jose-hinojosa-preferible-201303170119.html).
- Iribarren, Pablo E. *El Delito de Asociación Ilícita desde una perspectiva Constitucional*. Posición de la CSJN. [www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/El%20Delito%20de%20Asociacion.pdf](http://www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/El%20Delito%20de%20Asociacion.pdf).
- Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Principios de Derecho Penal. 11ra ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1980.
- Judel Prieto, Ángel y Piñol Rodríguez, José. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. 4a. ed. Navarra: Aranzadi, SA, 2006.
- Kaufmann, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez (trads.). Buenos Aires, Depalma, 1977.

- Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal*. Parte Especial. Volumen III. De los delitos en particular. 2da ed. Bogotá D.C: TEMIS, 2000.
- Mañalich, Juan Pablo. “La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”. *Polít. crim.* Vol. 10, N° 20 (2015).
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. 3ra ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- Mayer, Max Ernst. *Derecho Penal*. Parte General. bBuenos Aires: B de F, 2007.
- Mezger, Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. 2da ed. México D.F: CED, 1990.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. 2da ed. Barcelona: PPU, 1985.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 8va. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Peña Castillo, Fabiola. “El concurso aparente de leyes en la justicia nicaragüense”. *Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana* (2013).
- Pérez Pinzón, Álvaro. *Los Principios Generales del Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Plascencia Villanueva, Raúl. Universidad Autónoma de México. *Unidad y pluralidad de delitos. Pluralidad de acciones y unidad de delitos*. [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/13.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/13.pdf).
- Posada Maya, Ricardo. *Delito Continuado y Concurso de Delitos*. 1era ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad de los Andes, 2012.
- Programa de Derecho Penal de la Universidad José Carlos Mariategui. *El concurso de delitos*. Lección N° 12. [bv.ujcm.edu.pe/links/cur\\_derecho/DerPenal-I-12.pdf](http://bv.ujcm.edu.pe/links/cur_derecho/DerPenal-I-12.pdf).
- Programa de Derecho Penal de Universidad de Navarra. *La conducta humana como elemento del delito*. Lección I, N.11. [www.unav.es/penal/delictum](http://www.unav.es/penal/delictum).
- Quintero, María Eloísa con la colaboración de Pérez Figueroa, Zaira. *Concurso de Delitos*. [www.inacipe.gob.mx/stories/.../CAPÍTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf](http://www.inacipe.gob.mx/stories/.../CAPÍTULO%202012%20Concurso%20de%20delitos.pdf).
- Ramírez-Ramírez, Francisco Roberto. *Vinculación a Proceso. Indicador garantista en el marco de un nuevo paradigma de justicia penal en México*. México D.F: Criminogenesis S.A, 2015.
- Rodríguez Montañés, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Romero Sánchez, Angélica. *La Asociación Criminal y los delitos en Banda en el Derecho Penal Alemán: fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. España: CIVITAS, 2014.
- Sáez Capel, José. *El garantismo penal. La lógica contrapuesta de carácter represivo*.

[www.uss.edu.pe/.../pdf/2.%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%20LÓGI](http://www.uss.edu.pe/.../pdf/2.%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%20LÓGI)

- Silva, Jesús-María. *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo de autor»* en: Antonio García-Pablos. *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Granada: COMARES, 2009.
- Tondini, Bruno M. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*. Buenos Aires: CEAI, s.f, párrs. 2-11. [ecaths1.s3.amazonaws.com/.../900543229.lavado%20de%20activos.pdf](http://ecaths1.s3.amazonaws.com/.../900543229.lavado%20de%20activos.pdf).
- Vives Antón, Tomás. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia, 1981.
- Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano. Tomo III. Madrid: Reus, 1916, pp. 297 y ss.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. Traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- . *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. José Cerezo Mir (trad.). Barcelona: Ariel, 1964.
- Zaffaroni, Eugenio. *Estructura Básica del Derecho Penal*. 1era ed. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- . *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 2da ed. Buenos Aires: EDIAR, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires, EDIAR, 2005.

## **Plexo normativo**

### **Ecuador:**

- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
- Código Penal. Decreto supremo No. 55, de 8 de julio de 1970.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Registro Oficial Suplemento No. 802 de 21 de julio de 2016.
- Norma para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos incluido el Terrorismo en las Entidades Financieras de la Economía Popular y Solidaria. Resolución de la Junta Política Monetaria y Financiera. Registro Oficial No. 405 de 29 de diciembre de 2014.

Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros delitos. Resolución de la Superintendencia de Compañías. Registro Oficial No. 292 de 18 de julio de 2014.

Reglamento de Contrataciones del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos y de la Unidad de Inteligencia Financiera. Registro Oficial No. 58 de 5 de abril de 2007.

### **Extranjero:**

Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (España). Disponible en: [www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf](http://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf)

### **Instrumentos Internacionales:**

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950.

Declaración del Comité de Autoridades de Supervisión Bancaria del Grupo de los Diez y de Luxemburgo, sobre Prevención de la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal, 1988.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

### **Jurisprudencia:**

Corte Constitucional de Colombia Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 460 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Sentencia C-1086/08. 5 de noviembre de 2008.

Corte Nacional de Justicia. Sala especializada de lo Penal, Penal militar, Penal policial y Tránsito. Recurso de Casación. Causa No. 1133-2014 de 31 de agosto de 2015.

Corte Suprema de Justicia de Perú. Sala Penal Transitoria. R.N.N.288-2013 Apurímac.

Fiscalía Quinta ante la Sala de Casación y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. S/N.

Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación nº 2516/2007 Ponente: Sr. García Pérez Sentencia: nº 769/2008 de fecha 30/10/2008.