



El Tipo Básico de **LAVADO DE ACTIVOS**

Ley de Lucha Eficaz Contra el Lavado de Activos
y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal
y Crimen Organizado

(Decreto Legislativo N° 1106 del 19/04/12 - Perú)

SOBRE EL TIPO BÁSICO DE LAVADO DE ACTIVOS

Dino Carlos Caro Coria*

Sumario: I. Generalidades. II. Antecedentes. III. El tipo objetivo de lavado de activos. III.1 Conductas típicas. III.2 El objeto material del delito. III.3 El delito previo. III.4 La imputación objetiva en los procesos de contaminación/descontaminación del objeto material. IV. El tipo subjetivo de lavado de activos.

I. GENERALIDADES

Tras casi diez años de expansiva aplicación la Ley N° 27765 de 27.6.02, la llamada *“Ley penal contra el lavado de activos”*, ha sido derogada. Toma su lugar el nuevo Decreto Legislativo N° 1106 denominado *“De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”*, publicado el 19.4.12 y vigente desde el día siguiente como señala la Primera Disposición Complementaria Transitoria. Ello con excepción de la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de dicho Decreto que entró en vigor a los 60 días, y que ha reformado la Sexta Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley N° 28306 de 29.7.04, relativa a la *“Obligación (administrativa) de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo”*¹.

Sin una exposición de motivos oficial no se puede conocer la *“voluntad del legislador”*. Los considerandos del D. Leg. N° 1106 y su fuente, el art. 2.b de la Ley N° 29815 de 22.12.11 de delegación de funciones en el Poder Ejecutivo para legislar sobre la *“Lucha contra la criminalidad asociada a la minería ilegal”*, y en concreto, sobre la *“Investigación, procesamiento y sanción de personas vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado vinculados a la minería ilegal, mediante la modificación de la normativa sobre las funciones y competencias de la Policía Nacional del Perú y normativa procesal penal”*, conducen a sostener que la reforma es un complemento esencial del sistema de prevención y persecución del delito de minería ilegal², en la medida que las grandes ganancias, productos y efectos de este ilícito³, necesitan un destino que sólo el lavado de activos se lo puede dar. Si a

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Socio Fundador y Gerente General de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

¹ Texto entre paréntesis fuera del original.

² Regulado como delito ambiental, concretamente como una manifestación del delito de contaminación, dada la ubicación sistemática que el D. Leg. N° 1102 de 29.2.12 otorgó a los tipos de los arts. 307-A a 307-f del Código Penal. El glosario de las nuevas 40 Recomendaciones del GAFI, *“Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación”*, identifica a los delitos ambientales como posible delito fuente para el lavado de activos.

³ Según un reciente estudio de Macroconsult, las exportaciones de oro proveniente de la minería ilegal alcanzaron en el año 2011 la cifra de US\$1.793'000.000,00, frente a los US\$1.208'000.000,00 del narcotráfico en el mismo año, Vid. El Comercio de 27.5.12, p. a18. Esta cifra ha sido ampliada por los

ello sumamos que, como exponen diversos enfoques criminológicos, la minería ilegal ha profundizado en nuestro país otros fenómenos delictivos como la trata de personas con fines de explotación y servidumbre, la corrupción de funcionarios para garantizar la impunidad administrativa y penal, y evidentemente la evasión y el fraude tributario por parte de estos mineros ilegales, existen en consecuencia sobradas razones para adecuar la regulación del lavado de activos a estas nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada local.

Lo anterior no enerva las dudas de constitucionalidad que el extenso contenido del D. Leg. N° 1106 despierta. No solo tenemos toda una Nueva Ley Penal contra el Lavado de Activos, sino un conjunto de reformas en el estamento que lo precede, es decir en el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (el llamado SPLAFDT). Y ello, como ya es lugar común en los últimos 30 años, excede largamente las facultades delegadas previstas en la Ley N° 29815, aunque conforme a la práctica parlamentaria también de los últimos años, es poco probable que el Congreso de la República controle la estricta sujeción del Poder Ejecutivo a los términos de la delegación.

II. ANTECEDENTES

Descontando los aspectos relativos al tipo subjetivo que se abordarán más adelante, la nueva Ley mantiene en el plano del tipo objetivo la sistemática heredada desde la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 20.12.88, la llamada Convención de Viena⁴, que tipifica el blanqueo de capitales diferenciando los actos de conversión y transferencia, frente a los de ocultamiento y tenencia⁵, aunque circunscripto a ese ámbito del tráfico de

autores de este estudio, se considera que en el año 2011, “el valor de las exportaciones de procedencia ilegal habría llegado a cerca de US\$ 2,900 millones. De ellos, cerca de US\$ 1,100 millones proceden de la explotación aurífera de Madre de Dios, según cifras del MEM. Los otros US\$ 1,800 millones provendrían del resto del país (...), ésta actividad informal alberga a cerca de 100,000 trabajadores directos y otros 400,000 trabajadores indirectos”, Vid. <http://blog.macroconsult.com.pe/contenido/mineria/la-mineria-illegal-del-oro#more-1907>

⁴ Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 25352 de 26.11.91, y ratificada el 12.12.91.

⁵ “Artículo 3 - Delitos y sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente; (...)

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c) Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico.

estupefacientes y sustancias sicotrópicas como delito fuente. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo⁶ adoptada el 15.11.00, mantiene esa diferencia⁷, pero con una perspectiva más amplia porque extiende el concepto de delito fuente, o “*delito determinante*” como lo llama la Convención, para incluir otros ilícitos graves como la corrupción, la obstrucción a la justicia y las múltiples formas de delito de organización⁸.

Durante sus primeros diez años la legislación penal contra el lavado de activos no adoptó esta sistemática. El D. Leg. N° 736 de 12.11.91, siguiendo el modelo de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89, introdujo por primera vez en nuestro sistema la penalización del blanqueo de capitales derivado del tráfico ilícito de drogas, mediante el art. 296-A del Código Penal que reprimía los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes derivados del TID, y el art. 296-B que sancionaba el lavado de dinero cometido a través del sistema financiero o mediante procesos de repatriación de capitales. Estas normas fueron prontamente derogadas por la Ley N° 25399 de 10.2.92, y mediante la Ley N° 25404 de 26.2.92 el lavado de activos, siempre derivado del TID, pasó a ser considerado como una modalidad agravada del delito de

i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos (...)”.

⁶ Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 27527 de 8.10.01 y ratificada mediante el D.S. N° 088-2001-RE de 20.11.01.

⁷ “Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito (...)

⁸ “Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito (...)

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí (...)

receptación patrimonial, y se introdujo como pf. 2º del art. 195 del CP. Tal regulación tampoco trascendió, en menos de dos meses la Ley N° 25428 de 11.4.92 la derogó, y reinstauró los arts. 296-A y 296-B en el Código Penal con similar redacción a la prescrita por el D. Leg. N° 736 de fuente argentina como se ha señalado⁹. Las posteriores reformas del art. 296-B, a través de la Leyes N° 26223 de 21.8.93 y N° 27225 de 17.12.99, no cambiaron esta sistemática.

Las limitaciones de este régimen penal que no tuvo como fuente directa las Convenciones de Viena y de Palermo, y en particular por la limitación del blanqueo de capitales a los activos derivados del tráfico ilícito de drogas, dio lugar a una serie de propuestas prelegislativas, entre las que destacó el *“Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos”*, de la Comisión encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS¹⁰. El Anteproyecto propuso el tratamiento del blanqueo de activos como una modalidad de los delitos contra la administración de justicia, *“Considerando que la finalidad principal en este delito es asegurar la incolumidad de las ganancias o bienes obtenidos ilícitamente”*¹¹, y adoptó la sistemática impulsada desde la Convención de Viena de 1988 que diferencia entre actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, aunque con la ubicación sistemática propia de los delitos de encubrimiento real¹².

La Ley N° 27765 de 27.6.02, la denominada *“Ley Penal contra el Lavado de Activos”*, siguió varios de los lineamientos del Anteproyecto. Aunque se decantó por la

⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú. Lima, Idemsa 1994, pp. 54-62.

¹⁰ Publicado como Separata Especial del Diario Oficial El Peruano de 17.6.01. La Comisión estuvo integrada por Luis Lamas Puccio, quien la presidió, Víctor Prado Saldarriaga, Julio Bueno Tirado, Oscar Kea Velaochaga, Rosa Mavila León, Ricardo Soberón Garrido y Aldo Figueroa Navarro.

¹¹ Ibid., p. 4.

¹² El Anteproyecto planteaba la creación de una Sección II-A denominada *“Lavado de Activos”* en el Capítulo III de *“Delitos contra la administración de justicia”*, del Título XVIII de *“Delitos contra la administración pública”* de la Parte Especial, y con el siguiente contenido:

“Artículo 406° A.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita, realiza actos de conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.

Artículo 406° B.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita adquiere, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.

Artículo 406° C.- La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años y multa de 365 a 730 días-multa cuando los delitos previstos en los artículos 406° A y 406° B se cometen bajo las siguientes circunstancias:

a) El agente utiliza o se sirve de su condición de empresario o intermediario en el sector financiero o bursátil, o de funcionario público para la comisión del delito.
b) El agente comete el delito para favorecer delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la administración pública, terrorismo, traición a la patria o secuestro.
c) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.”

instauración de una ley penal complementaria o ley penal especial, evitando así la discusión sobre el bien jurídico protegido y la ubicación de este delito en el Código Penal acorde con ello, la Ley N° 27765 recogió en esencia las descripciones típicas y las agravantes del Anteproyecto. Por un lado se tipificaron las conductas de conversión y transferencia (art. 1), ocultamiento y tenencia (art. 2), y un conjunto de circunstancias agravantes (art. 3), y se penalizó la omisión de reporte de operaciones sospechosas (art. 4). También se incluyeron reglas procesales de investigación relativas al levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil (art. 5), así como disposiciones sobre la amplia gama de delitos fuente, la autonomía o independencia del blanqueo de capitales frente al delito antecedente y la punición del autolavado (art. 6). Finalmente, se establecieron limitaciones y prohibiciones de acceso a beneficios penitenciarios (art. 7). Las reformas de la Ley N° 27765 a través de la Ley N° 28355 de 6.10.04, la Ley N° 28950 de 16.1.07, y del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, no modificaron sustancialmente la estructura de esta “*Ley Penal contra el Lavado de Activos*”.

III. EL TIPO OBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

III.1 Conductas típicas

Teniendo en cuenta la evolución de estos antecedentes, el D. Leg. N° 1106 reproduce en buena cuenta el tipo objetivo de los actos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), de su antecedente inmediato, los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, previendo incluso la misma sanción de pena privativa de libertad de 8 a 15 años y 120 a 350 días-multa. A su vez, se ha independizado del art. 2 de la Ley N° 27765, conforme al texto reformado por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, los actos de transporte dentro y fuera del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, los que han pasado a formar parte de una nueva modalidad específica de lavado de activos regulada ahora por el nuevo art. 3 del D. Leg. N° 1106. La consideración de este “*nuevo delito*” como una modalidad de blanqueo de capitales, concuerda con la decisión del legislador de establecer la misma escala de penas que la prevista para los actos de conversión y transferencia, y ocultamiento y tenencia.

Los actos de **conversión** equivalen a la mutación del objeto material del delito, los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se “*lavan*” mediante conversión cuando el autor los transforma en otros¹³. Ello implica “*transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito grave y traer en su lugar otra total o parcialmente distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito*”¹⁴. Es indiferente si la conversión es reversible o no¹⁵. La conversión puede ser material, por ejemplo la fundición de joyas de oro en una barra o lingote de oro, y tales supuestos pueden darse por adición o supresión de una parte de

¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2011, p. 490.

¹⁴ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales. Madrid, Edersa 2000, p. 429.

¹⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales. Barcelona, Marcial Pons 2000, p. 226.

la cosa¹⁶. También puede ser inmaterial o ideal, por ejemplo el depósito de dinero en efectivo en un banco se transforma en un crédito contra la cuenta o un apunte contable, o la adquisición de bienes muebles o inmuebles con dinero en efectivo de origen delictivo. Como corolario de lo anterior, debe aceptarse que los bienes pueden ser convertidos en otros de igual (conversión impropia) o de distinta naturaleza (conversión propia), ejemplo de lo primero es el cambio de billetes de baja denominación por otros de alta denominación, y ejemplo de lo segundo es la compra de acciones en la bolsa de valores con un cheque de gerencia adquirido en un banco con dinero en efectivo de origen ilícito.

Se ha sostenido que los actos de conversión corresponden en general a la llamada primera etapa de “*inversión*”, “*ocultación*” o “*colocación*” del blanqueo de capitales¹⁷, lo que conllevaría a calificar como actos de conversión las sucesivas transformaciones del bien, aun cuando el bien originario ya haya desaparecido o no quede nada de él tras esa cadena de transformaciones¹⁸. Sin embargo, debe tenerse en cuenta las dificultades para deslindar el proceso de reciclaje en periodos diferentes, y “*la mayor complejidad que entraña la subsunción de cada comportamiento en una fase del itinerario blanqueador*”¹⁹. Y es que en estricto, desde la Convención de Viena de 1988, los tipos penales de lavado de activos han sido configurados con una orientación omnicompreensiva que conduce a una inevitable superposición de conductas que impide deslindar plenamente por ejemplo, con todas las exigencias de una dogmática acorde con el principio de certeza, entre actos de “*conversión*” y actos de “*transferencia*”. Una expresión de dicha ausencia de claridad estriba en la propia definición de actos de “*sustitución*” y a su consideración como actos de “*conversión*”²⁰ o de “*transferencia*”²¹. Lo mismo sucede respecto a si la transferencia de bienes a título oneroso no debiera considerarse como un acto de “*conversión*” sino de

¹⁶ Ibid., p. 226.

¹⁷ DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 178-179. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo. Lima, Grijley 2007, p. 142. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial. T. II. Lima, Grijley 2007, p. 496. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765. 2ª ed. Lima, Jurista Editores 2009, p. 76.

¹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 496.

¹⁹ ABEL SOUTO, Miguel. El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español. Barcelona, Bosch 2005, p. 113.

²⁰ En esa línea, GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 77. GÓMEZ INIESTA, Diego. El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español. Barcelona, Cedecs 1996, p. 48. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”. En: Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias. Lima, San Marcos 2003, p. 523, equipara los actos de conversión con los de “*receptación sustitutiva, puesto que estamos ante un proceso de sustitución del bien, es decir donde se sustituye el bien materia del delito previo por otro*”.

²¹ Así, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497.

“*transferencia*”²², o si el caso en que un bien circula en el mercado sin cambio de titularidad no configura una conducta de “*transferencia*” sino de “*conversión*”²³.

Ante ello, es lugar común entre los penalistas sostener que se trata de cuestiones teóricas sin efecto práctico, en la medida que bajo una expresión u otra la ley penal ya abarca estos supuestos²⁴. Pero ello a mi juicio es un error si tenemos en cuenta la garantía de imputación necesaria que, como expresión suprema del derecho de defensa, demanda que ya desde la actividad investigativa del Ministerio Público, el imputado conozca con precisión los hechos atribuidos y la correspondiente subsunción típica, con el detalle de la concreta modalidad o conducta investigada²⁵.

El art. 1 del D. Leg. N° 1106 sanciona también los actos de **transferencia**, que involucran tanto la “*transmisión de bienes*”²⁶ como el traslado de los mismos. La transmisión implica “*la salida de los bienes del propio patrimonio, para incrementar el de otra persona*”²⁷, como corolario, la transmisión de bienes al mismo titular, es decir una transferencia entre cuentas propias por ejemplo, no configura un acto de “*transferencia*” sino de “*conversión*” de activos en el contexto del art. 1 del D. Leg. N° 1106. Dado que la transmisión “*se produce mediante cualquier forma de transferencia, cesión o traspaso de los capitales a terceras personas*”²⁸, esa transmisión puede darse a título gratuito u oneroso²⁹, y puede implicar la transferencia del dominio o propiedad, de la posesión o de la simple tenencia³⁰.

Esto último importa un distanciamiento de aquél sector de la doctrina española que traslada a la dogmática del lavado de activos el concepto de transmisión del derecho civil, entendida “*como traspaso de derechos sobre los bienes*”³¹, es decir la cesión del dominio sobre los bienes de un patrimonio para integrarlos a la esfera jurídica de un

²² Así, BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. 2ª ed. Pamplona, Aranzadi 2002, p. 337.

²³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 226.

²⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 337.

²⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal. Lima, Palestra-C&A 2008, pp. 87ss. CASTILLO ALVA, José Luis. “La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. T. 4, oct 2009, pp. 345ss.

²⁶ Es la expresión usada por el art. 301.1 del Código Penal español

²⁷ LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. Barcelona, Bosch 2009, p. 170. Similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., pp. 490-491.

²⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 227. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 313.

²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit. 491. ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP). Madrid, lustel 2011, p. 277.

³⁰ PRADO SILDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 144.

³¹ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 276.

tercero³², lo que dicho de otra manera y llevado al extremo implicaría que el autor del delito deba ostentar la propiedad sobre el bien y transmitir ese derecho de propiedad. Bajo ese entendimiento se restringiría de modo ostensible la criminalización del lavado de activos, al no encontrar asidero típico los actos de transferencia de posesión o de la mera tenencia sobre los bienes, o los casos en que el autor ostenta únicamente un poder fáctico de disposición sin un título de propiedad, vacíos que en la regulación española son cubiertos por la fórmula abierta “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito” del art. 301.1 del CP español, salida que no se contempla en la regulación peruana. Esta limitación interpretativa no puede superarse con la simple exigencia de que los actos de transferencia ostenten apariencia de legalidad desde el punto de vista jurídico-civil³³, ello sólo incide en las posibilidades de éxito de una conducta de blanqueamiento, en la idoneidad del riesgo creado por el autor, pues una mayor apariencia de legalidad conlleva mayores posibilidades de diluir el origen ilícito de los activos.

Se trata más bien de asumir una concepción amplia del concepto de “transferencia” utilizado por el legislador peruano, a fin de abarcar la mayor cantidad de supuestos relacionados con la llamada etapa de intercalación o estratificación del lavado de activos³⁴, en el que se producen múltiples y sucesivas transacciones para ocultar aún más el origen delictivo de los bienes, entre ellas las que no importan el traslado del dominio, como sucede con la transmisión de la posesión o la tenencia. Puede sostenerse por ello, desde la perspectiva de la legislación peruana, un concepto penal de transferencia que abarque tanto los casos de transmisión material o fáctica, como la llamada transmisión jurídica, siempre que exista poder de disposición³⁵. La transmisión jurídica supone el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho, o simplemente la transmisión de los derechos que se tiene sobre los bienes³⁶, como se aprecia en una transferencia electrónica de fondos a través del sistema financiero y en favor de un tercero.

En cuanto a la transmisión material o fáctica, entendida como el transporte, traslado o remisión física de bienes de un lugar a otro, al margen del debate antes referido sobre los alcances del concepto de transmisión, la doctrina en general suele incluirlo dentro del concepto general de transferencia que usa la legislación nacional³⁷. Se ha criticado por ello que la reforma del art. 2 de la Ley N° 27765, a través del D. Leg. N° 986, hubiere incorporado en el año 2007 dentro del tipo de “ocultamiento y tenencia” la punición de quien “transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira

³² Ibid., p. 276.

³³ Como parece entender GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 498.

³⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 143.

³⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal, cit., pp. 183-188. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 227.

³⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal, cit., pp. 183.

³⁷ SAAVEDRA ROJAS, Edgar y Rosa DEL OLMO. La Convención de Viena y el narcotráfico. Bogotá, Temis 1991, p. 38. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”, cit., p. 524. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497.

del mismo” activos de origen delictivo, dado que tales supuestos equivalen, al menos en parte como veremos luego, a auténticas conductas de conversión o transferencia que habrían tenido mejor asidero en el art. 1 de la Ley N° 27765³⁸. El D. Leg. N° 1106 ha corregido esta inconsistencia, el nuevo art. 3 sanciona de modo independiente el *“Transporte, traslado, ingreso o salida del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito”*, con lo que el transporte de otros bienes, distintos al dinero o títulos valores, quedará abarcado por el art. 1 del D. Leg. N° 1106 que criminaliza la conversión y transferencia, aunque también, y como se detallará más adelante, por el art. 2 en tanto sanciona los actos de posesión.

Las conductas típicas reunidas bajo el nombre *“actos de ocultación y tenencia”* están recogidas en el art. 2 del D. Leg. N° 1106 a través de ocho verbos típicos, se incluyen los actos de *“adquirir”, “utilizar”, “guardar”, “administrar”, “custodiar”, “recibir”, “ocultar”* y *“mantener en su poder”* los activos de origen ilícito. El texto original del art. 2 de la Ley N° 27765 recogía las mismas conductas, excepto la administración que fue incorporada en el año 2007 a través del D. Leg. N° 986³⁹. A diferencia del tipo de conversión y transferencia del art. 1, el amplio casuismo del delito de ocultamiento y tenencia del art. 2 deriva del mismo carácter que tiene el art. 3.1 literales b.ii y c.i de la Convención de Viena de 1988 y que menciona las conductas de *“ocultamiento”, “encubrimiento”*⁴⁰, *“adquisición”, “posesión”* y *“utilización”*. El art. 6.1 literales a.ii y b.i de la Convención de Palermo de 2000 recoge las mismas conductas, excepto el *“encubrimiento”* que la reemplaza por *“disimulación”*, supuesto que tampoco ha sido contemplado por la regulación peruana.

Como es evidente, las conductas tipificadas van más allá de los actos de conversión y transferencia⁴¹, seguramente porque la orientación político criminal es abarcar los principales supuestos que se dan en la llamada etapa de integración del lavado de activos, pues se trata de conductas que se dan una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad producto de anteriores actos de conversión o transferencia⁴². Según el grado de injerencia del autor del delito sobre los bienes lavados, es posible identificar cuatro grupos de comportamientos: a) adquirir, b) recibir, mantener en su poder, c) guardar, custodiar y ocultar, y d) utilizar y administrar. En estricto, sólo los supuestos del grupo b) corresponden a la tenencia,

³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497.

³⁹ Siguiendo con ello el modelo del art. 247-A del CP colombiano de 1980, reformado por la Ley 365 de 1997, y posteriormente sustituido por el art. 323 del CP de 2000, normas que expresamente previeron la sanción de los actos de administración de bienes. En la legislación argentina también se sanciona el lavado mediante administración de bienes, en el art. 278.1 del CP, conforme a la reforma mediante la Ley 25.246 publicada el 10.5.00. El art. 2.2 del Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves (1992-2006), también prevé esta modalidad.

⁴⁰ Supuesto que, de modo acertado, no recoge la norma nacional porque ello daría lugar a comunes situaciones de concurso aparente con el delito de encubrimiento, como se aprecia en el art. 301.1 del CP español o en el art. 323 del CP colombiano que sancionan, como una modalidad de blanqueo de capitales, la realización de actos para encubrir el origen ilícito de los bienes

⁴¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 498.

⁴² PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 146.

pero en sentido amplio suele considerarse como tenencia todos los casos del art. 2 salvo el de ocultamiento⁴³. La **adquisición** supone la incorporación del bien a un nuevo patrimonio por medio de cualquier título, oneroso o gratuito⁴⁴, es en parte la faceta contraria de los actos de transferencia, *“Adquisición y transmisión parecen contemplar los dos extremos de un mismo desplazamiento patrimonial”*⁴⁵. Pero a diferencia de los actos de transferencia que involucran la transmisión de propiedad, posesión o tenencia, la adquisición se limita sólo a las que involucran la propiedad⁴⁶, aunque por cualquier título⁴⁷, aquellas que signifiquen la adquisición de la posesión o la tenencia ya están cubiertas por los verbos típicos *“recibir”* y *“mantener en su poder”*, según el caso.

Los actos de **recibir** y **mantener en su poder** tienen en común que dan lugar a situaciones en las que el autor ejerce el poder fáctico sobre la cosa. La recepción sólo implica el inicio de la tenencia material y efectiva, transitoria o permanente, del bien de origen delictivo⁴⁸, se trata de un delito instantáneo (*“recibir”*) a raíz del cual se dará paso a otros comportamientos típicos como la posesión, administración, ocultamiento, transmisión, etc. A su vez, la conducta de *“mantener en su poder”* incorpora desde la simple tenencia del Derecho civil clásico⁴⁹, hasta la posesión del bien que corresponde

⁴³ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 498-500.

⁴⁴ ABEL SOUTO, Miguel. El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español, cit., pp. 109-110. PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 425. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 225. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 123. En la doctrina nacional, PRADO SILDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., pp. 147-148, y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”, cit., p. 524, consideran sin exponer los motivos que sólo existe espacio en la ley para las adquisiciones a título oneroso, aunque concluyen que las efectuadas a título gratuito están cubiertas por el verbo típico *“recibir”*. Antes bien, el sentido de la criminalización del lavado de activos también alcanza a mi juicio las adquisiciones a título gratuito como la donación o la herencia que, desde el punto de vista criminológico, son modalidades recurrentes de blanqueo de capitales. Reticente a la punición de las adquisiciones por herencia, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 271, quien postula enfrentar estos casos con las reglas del comiso.

⁴⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 227.

⁴⁶ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 425. PRADO SILDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 147.

⁴⁷ No se entiende las razones que conducen a BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”, cit., p. 524, a sostener que adquirir es sinónimo de comprar. La amplitud del verbo adquirir abarca supuestos diversos como la compraventa, la permuta, la cesión de derechos de crédito en un juicio, etc.

⁴⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 125. PRADO SILDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 148. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 498.

⁴⁹ Conforme a la teoría subjetiva de Savigny del Derecho civil clásico, *“la tenencia tiene un elemento común con la posesión: el poder sobre la cosa (corpus). La diferencia radica en el reconocimiento del tenedor, de que la propiedad sobre aquélla pertenece a otro. Mas ha de entenderse –añádese– que ese reconocimiento refiérese en realidad a la “titularidad de un derecho real” del que el tenedor admite carecer”*, Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXVI. Buenos Aires, Omeba 1968, p. 35. Esta concepción fue superada con el Código Civil de 1936 y el de 1984, textos que asumen la concepción objetiva de

con el ejercicio fáctico de los atributos de la propiedad, como señala el art. 896 del Código Civil. El verbo “mantener” conlleva a que estemos ante una conducta de tracto sucesivo⁵⁰, ante un delito permanente. Así, no puede asumirse ni es necesaria una diferencia subjetiva entre “recibir” y “mantener en su poder”⁵¹.

La **guarda**, **custodia** u **ocultamiento** presuponen la tenencia o posesión del bien. En tales casos el agente no se limita a tener el bien a su disposición sino que realiza determinadas prestaciones de hacer, de diferente grado, con el objeto de mantener o conservar el bien al margen de los riesgos habituales del entorno social (pérdida, sustracción, robo, deterioro) y legal (decomisos, incautaciones, etc.). **Guardar** involucra actos externos de protección física del bien, sin necesidad de ocultarlo⁵², es poner los activos a salvo de los riesgos que pueden perjudicar su existencia o valor⁵³. En la **custodia** el autor va más allá, si bien no ejerce en estricto actos de dominio ni posesión⁵⁴, ejecuta actos de vigilancia, cuidado y control sobre los bienes para que no se perjudiquen⁵⁵. En relación a los actos de **ocultamiento**, conforme al art. 2 del D. Leg. N° 1106 éstos deben recaer sobre los bienes de origen ilícito, y deben ser idóneos para evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, por ese motivo se considera que no sólo involucran el ocultamiento físico del bien, sino también el contable o jurídico⁵⁶, lo que da cabida a las modalidades de ocultamiento previstas en la Convención de Viena, que describe acciones que no afectan directamente a un bien, sino que ocultan o encubren algunas características relativas a los bienes, entre ellas la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos relativos a ellos⁵⁷.

posesión de Ihering, que la equipara únicamente con el poder de hecho o fáctico sobre la cosa, de modo que la noción de tenedor quedó así absorbida por la de poseedor, Vid. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos reales. Lima, PUCP 1989, p. 128, quien pone de relieve la inconsistencia del Código Civil que por una parte define la posesión en términos puramente objetivos (art. 896) para luego volver sobre el ánimo, como en la concepción de Savigny, al exigir para la prescripción adquisitiva la posesión “*como propietario*” (arts. 950 y 951).

⁵⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 149.

⁵¹ Según GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 498-499, el verbo típico “*mantenerse en su poder*” se aplicará solo si la procedencia ilícita es conocida o posible de conocer después de haber recibido los activos.

⁵² PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 147.

⁵³ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 499.

⁵⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 125.

⁵⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 499.

⁵⁶ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial. Valencia, Tirant lo Blanch 2010, §7/283 de la parte especial, comparando la conducta de blanqueo de capitales del §261.1 del StGB con la de quiebra del §283.(1).1, en el sentido de que ambas persiguen “*impedir el acceso, en este caso por parte de una autoridad pública, al objeto*”. Y en la bancarrota, “*junto a la desaparición física de cosas muebles, también realiza el tipo cualquier transformación del estado jurídico de los bienes*” (§9/num.420). Del mismo modo, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 500.

⁵⁷ ABEL SOUTO, Miguel. El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Santiago de Compostela, UdSC 2002, p. 94. SAAVEDRA ROJAS y DEL OLMO, cit., p. 40.

El último grupo de los llamados actos de “*tenencia*” en sentido amplio compete a las conductas de “*utilizar*” y “*administrar*”, aquí el común denominador es que estamos ante comportamientos de explotación o aprovechamiento del bien. Sobre el primero de ellos, se descartan de plano los usos socialmente adecuados que no tienen por finalidad ocultar los activos de origen delictivo⁵⁸, y suele recurrirse a una interpretación gramatical, en la medida que la Real Academia de la Lengua Española define “*utilizar*” como “*aprovecharse de algo*”⁵⁹, entonces no se alude al simple uso de bien derivado de un delito anterior, es necesario que el autor “*le saque provecho, sacarle el máximo rendimiento para sí o para un tercero y, en esos términos, también debe suponer un incremento patrimonial*”⁶⁰, se trata por lo tanto de un uso en sentido amplio que incorpora la noción de disfrute o usufructo del bien⁶¹, sin que ello implique asumir la concepción civil de uso, disfrute o usufructo porque estamos ante conductas per se ilícitas⁶².

El mismo principio debe aplicarse para la interpretación de la conducta de “*administrar*”, no se trata aquí de la asunción de una posición de garante frente al patrimonio ajeno de modo que se reprima la administración infiel del gerente general, el director o el CEO de una empresa. En el contexto del lavado de activos la administración ilícita corresponde a los actos de gestión o manejo, *de iure* o de facto, del patrimonio propio o ajeno que tiene un origen delictivo, de manera que no existe énfasis alguno en la diligencia del gestor para manejar el objeto ajeno a favor de terceros, sino en la violación del deber de no introducir en el circuito comercial bienes de gestación ilícita, deber que en muchos casos es previo al derecho penal. Me refiero con ello a los llamados sujetos obligados⁶³, como los bancos, las financieras, las agencias de viaje, las empresas mineras, etc., que han sido identificados por la regulación administrativa, el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como actores en el mercado propensos a mantener contactos comerciales habituales con verdaderos o potenciales lavadores de activos, razón por la cual la regulación impone deberes específicos, un deber o posición de garante, a la gerencia y al directorio de los sujetos obligados, como nombrar un oficial de cumplimiento, implementar un sistema de prevención del lavado de activos⁶⁴ y

⁵⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 129.

⁵⁹ Vid. cualquier edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁶⁰ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 279.

⁶¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 147.

⁶² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 124. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 499, se refiere también a los usos con “*aplicación a fines lícitos*”, lo que es difícil de entender en la medida que la ley penal se refiere a usos propios del lavado de activos y no a conductas neutrales o habituales que no significan la realización de un riesgo jurídicamente relevante.

⁶³ Vid., el art. 8 de La Ley N° 27693, “*Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú*” de 12.4.02, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306 de 29.7.04, y el art. 3 de La Ley N° 29038, “*Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-PERÚ) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*”, de 12.6.07.

⁶⁴ Vid. el art. 10.2.1 de La Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

reportar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que se detecten⁶⁵. Entendido de esa manera, los actos de administración pueden involucrar la ordenación y organización de los bienes⁶⁶, así como la optimización de su rendimiento⁶⁷, de las cualidades y los provechos que de él se pudieran obtener⁶⁸. Pero en la medida que los actos de administración pueden superponerse a otras conductas ya tipificadas de modo específico como actos de conversión o transferencia, ocultamiento o tenencia, la función político criminal del verbo típico “*administrar*” no puede ser otra que llenar los vacíos de punición, cumpliendo por ende una función residual.

Finalmente en lo que respecta a las conductas típicas, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación administrativa, también reformada recientemente⁶⁹, ha ratificado por una parte la conocida **obligación de declarar** el ingreso o salida del país de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “*al portador*” por sumas superiores a US\$10.000,00 (diez mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Asimismo, impone la **prohibición de transportar** dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “*al portador*”, cuando se trata de sumas superiores a US\$30.000,00 (treinta mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Se prevé un conjunto de sanciones administrativas para la infracción de estas reglas, y se establece que el infractor/portador deberá acreditar ante la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, el origen lícito del dinero o instrumentos financieros en el término de 72 horas desde la retención, y que en caso contrario se considerará tal omisión como “*indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la comisión de otros delitos*”, como podría ser el caso del ilícito de falsa declaración en procedimiento administrativo del art. 411 del Código Penal o alguna de las formas de delito tributario que tipifica el D. Leg. N° 813.

Solo la puesta en vigencia de este nuevo régimen administrativo parece explicar porqué el legislador ha incorporado, en el art. 3 del D. Leg. N° 1106, un “*nuevo tipo penal*” bajo el rótulo “**transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito**”, que en parte corresponde a los actos de transferencia tipificados en el art. 1. Si se tiene en cuenta que la pena prevista en los arts. 1 y 3 es la misma, la criminalización específica prevista en éste último sería en consecuencia superflua. Sin embargo, como también se ha explicado anteriormente, el traslado o transmisión de bienes tipificado por el art. 1 debe darse siempre a favor de un tercero, a título gratuito u oneroso, e implica el traslado de la propiedad, la posesión o la simple tenencia del bien, de manera que el art. 1 sanciona en estricto los actos de transporte realizados a favor de terceros. La conducta de transportar bienes

⁶⁵ Vid. el art. 11 de la Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

⁶⁶ ORSI, Omar G. Lavado de dinero de origen delictivo. Buenos Aires, Hammurabi 2007, p. 567.

⁶⁷ SALAS BETETA, Christian. “El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, T. 35, mayo 2012, p. 23.

⁶⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 127.

⁶⁹ Vid. la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306, reformada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del D. Leg. N° 1106.

propios tendrá relevancia penal en el marco del art. 2 porque corresponde a los actos de posesión que se incardinan en el concepto *“mantener en su poder”*, como se ha detallado antes. Bajo estas premisas, todo el contenido del art. 3 tiene cabida como actos de transferencia o de posesión de bienes de origen ilícito, pero en la medida que el legislador ha impuesto una criminalización específica para el transporte de dinero o títulos valores, entonces el reconocimiento de su propio contenido típico viene impuesto por el principio de especialidad. Como corolario, el transporte o traslado de bienes inmuebles –en los términos de la ley civil- que pueden ser llevados de un lugar a otro, como una nave o aeronave, o de bienes muebles diferentes al dinero o títulos valores que también sean susceptibles de ser movilizados, siempre de origen ilícito, tiene relevancia típica dentro de los alcances de los arts. 1 y 2, según el traslado se ejecute en favor de un tercero o se trate de bienes propios, respectivamente.

III.2 El objeto material del delito

En cuanto al objeto material del delito el D. Leg. N° 1106, al igual que la Ley N° 27765, recurre desde el nombre de la Ley al término general *“activos”* (*“lavado de activos”*), y de modo específico los arts. 1 y 2 del D. Leg. N° 1106 se refieren en común al *“dinero, bienes, efectos o ganancias”*, y el art. 3, como se acaba de ver, establece como objeto el *“dinero o valores”*. En cuanto a la característica esencial de estos activos, los arts. 1, 2 y 3 indican que éstos deben tener *“origen ilícito”*, el art. 10 pf. 1 relativo a la autonomía del delito de lavado de activos dice que deben ser *“producto”* de actividades criminales (*“actividades criminales que produjeron”*), los pf. 2 y 3 se refieren a los ilícitos que generan activos (*“generar ganancias ilegales”*, *“actividades criminales generadoras”*), mientras que al regular las agravantes el art. 4 pf. 2 señala que los bienes, etc., deben *“provenir”* de la minería ilegal, etc. En suma, para la Ley se trata de activos que deben provenir o haberse originado, producido o generado en actividades delictivas.

Este innecesario casuismo para definir el objeto material no solo contrasta por ejemplo con regulaciones como la del CP español que en la definición del tipo básico de blanqueo de capitales se refiere en general a *“bienes”* que *“tienen su origen en una actividad delictiva”* (art. 301.1), sino además con la regulación supranacional y nacional. En cuanto a la primera, el art. 3 de la Convención de Viena concreta el objeto material sólo con la expresión *“bienes”* y los define en el art. 1 como *“los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”*, tales bienes deben provenir o ser producto de un delito, es decir que se trata de *“bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito”*. De modo semejante, el art. 6 de la Convención de Palermo refiere que el blanqueo debe recaer sobre *“bienes”* que *“son producto del delito”*, conceptos que define, casi en los mismos términos que la Convención de Viena, en el art. 2 literales d) y e).

Respecto a la regulación nacional, los términos usados para concretar el objeto material del lavado de activos tampoco coinciden con los previstos en el art. 102 del CP, modificado por el art. único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el decomiso a los *“objetos de la infracción penal”*, los *“instrumentos con los que se hubiere cometido”* y a los *“efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción”*. Tampoco se guarda homogeneidad con la regulación de la incautación del art. 316.1 del Código Procesal Penal de 2004 que se refiere a los *“efectos provenientes de la infracción penal”*, *“los instrumentos con que se hubiere ejecutado”*, *“así como los objetos del delito”*. La relevancia de estas comparaciones cobra mayor sentido al apreciarse que el art. 9 del D. Leg. N° 1106 establece que el Juez ordenará en todos los casos de lavado de activos la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a las reglas del art. 102 del CP.

Estas diferencias, cuando no inconsistencias de la regulación, no han sido suficientemente advertidas por la doctrina nacional. Así por ejemplo, no parece existir un argumento sólido para entender que los instrumentos del delito previo (*instrumenta sceleris*), es decir los objetos que, puestos en una relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación⁷⁰, puedan considerarse como objeto material de lavado de activos⁷¹, lo que no enerva la necesidad de que conforme al art. 102 del CP dichos instrumentos deban ser incautados y decomisados en el proceso que se instaure por el delito precedente, o incluso sean objeto de un proceso de pérdida de dominio en aplicación del art. 2.1 del nuevo D. Leg. N° 1104 de 19.4.12.

De hecho la propia legislación sobre pérdida de dominio define en la Disposición Complementaria Final Duodécima literal b), los *“Instrumentos del delito”* como los *“Bienes o medios utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, a cometer o intentar cometer el delito”*, y lo hace diferenciándolo del *“objeto del delito”* (literal a), los *“efectos del delito”* (literal c) y *“las ganancias del delito”* (literal d). Efectivamente, la Ley de Pérdida de Dominio define el objeto como los *“bienes muebles o inmuebles sobre los que recae el delito”*, los efectos son los *“Bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros animales directamente derivados de la acción delictiva”* (sic) y las ganancias *“Los efectos mediatos o indirectos del delito, es decir los frutos y rentas de éste”*. Estos conceptos, si bien son ilustrativos para la interpretación del objeto de la conducta de lavado, son imprecisos frente a los alcances que la doctrina suele asignar a estas expresiones.

Y es que a mi entender, ya el concepto de bienes abarca tanto la noción de dinero, como de efectos y ganancias, lo que se aprecia con claridad en las amplias definiciones previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo. Conforme al texto de la Ley, el

⁷⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR y M. Carmen ALASTUEY DOBÓN. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, p. 397.

⁷¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 85. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 502.

lavado de activos puede recaer sobre el dinero que es una clase de bien mueble y corresponde a toda forma de *cash* o efectivo, nacional o extranjero, en moneda o billetes. También puede cometerse sobre los efectos o producto del delito (*producta sceleris*) que comprende los objetos o bienes que hayan sido producidos mediante la acción delictiva⁷², por ejemplo una máquina fabricada violando una patente, el oro extraído mediante la minería ilegal, etc. Pueden lavarse igualmente las ganancias del delito (*scelere quasita*), definida como todo beneficio o ventaja económica, un bien desde luego, que obtiene el autor con la ejecución del delito⁷³. Con todo, puede ser objeto de lavado cualquier bien que haya sido directamente generado por la comisión de un delito anterior como el producto del delito, el beneficio, la utilidad o la ganancias, incluyendo entre éstas últimas el precio, la recompensa o la promesa para cometer un delito, e incluso en algún caso el mismo objeto material del delito antecedente⁷⁴.

A esta amplitud debe añadirse dos notas específicas. Por un lado, el bien debe ser susceptible de valoración económica, y por ende debe ser pasible de incorporación al patrimonio o de incorporación a un derecho transmisible o ser objeto de derecho⁷⁵, pues el blanqueo persigue la integración de bienes de apariencia legítima en el patrimonio del autor⁷⁶. Como corolario, los bienes carentes de relevancia económica son objetos inidóneos para la comisión del lavado de activos. En segundo término, los bienes deben ser susceptibles de tráfico mercantil lícito⁷⁷, tal exigencia está implícita en la idea de circulación del bien por la economía legal que subyace en la *ratio legis* del precepto y en la finalidad del lavador⁷⁸, se excluyen por ello del tipo penal aquellos productos o efectos del delito de comercio prohibido, por ejemplo los billetes falsificados o los productos adulterados.

A diferencia por ejemplo del art. 278.1.a del CP argentino que establece en 50.000 pesos el valor mínimo de los bienes objeto de lavado, la regulación peruana no establece un umbral similar, lo que ha conducido a entender que el valor económico o el monto dinerario son irrelevantes para la tipicidad y la punición⁷⁹. Para efectos de salvaguardar el principio de proporcionalidad, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 propuso tomar

⁷² GRACIA MARTÍN, Luis y otros. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, cit., p. 398.

⁷³ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 310. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 204.

⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 484.

⁷⁵ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 311.

⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 483.

⁷⁷ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 311.

⁷⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 182.

⁷⁹ PRADO SILDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 152. Igual, el Fundamento Jurídico 28º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10 relativo a "El delito de lavado de activos".

como referencia que el art. 3 del D. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria⁸⁰, preveía una pena atenuada cuando el tributo defraudado no superaba las 5 UIT⁸¹, planteamiento que motivó que el art. 4 *in fine* del D. Leg. N° 1106 establezca como circunstancia atenuante del lavado de activos que el valor de los bienes reciclados no supere las 5 UIT. A la par, la nueva legislación ha previsto como circunstancia agravante, en el art. 4 pf. 1º num. 3, que el bien supere la 500 UIT. Estas reglas cuantitativas no enervan la atipicidad de la bagatela, aunque teóricamente podría sostenerse que el sistema está configurado para la persecución de todos los casos de lavado de activos sin importar el valor de los bienes, lo cierto es que el sistema de prevención cuya operatividad depende de la práctica de los sujetos obligados, se rige bajo el criterio de gestión, administración y mitigación del riesgo de lavado de activos, de modo que los sistemas de detección de operaciones inusuales, y en tanto corresponda su posterior calificación como sospechosa y el reporte ante la Unidad de Inteligencia Financiera, ya está predeterminado para pasar por alto o excluir *ex ante* potenciales conductas de lavado de activos de escasa trascendencia económica que, conforme a ello, pasan a conformar una amplia zona o franja de riesgo penalmente permitido, y más aún porque se trata de prácticas certificadas como suficientes o aceptables por las propias autoridades fiscalizadoras del sistema de prevención, las empresas auditoras externas y las áreas de auditoría interna. Con un ejemplo, el comerciante informal que evade impuestos y deposita pequeñas cantidades mes a mes de la renta que ha ocultado al fisco en la cuenta de un familiar, difícilmente podrá ser detectado por los sofisticados y costosos software que utiliza la industria financiera, salvo que en algún momento se genere una alerta específica, como ser elegido alcalde, y deba aplicarse un proceso de debida diligencia reforzada por ser un PEP o personaje políticamente expuesto.

III.3 El delito previo

Como se detalló antes, el D. Leg. N° 1106 usa hasta cuatro verbos para referirse al llamado proceso de contaminación del objeto material del delito. Los bienes blanqueados deben tener un “origen ilícito”, provenir de determinados delitos, haberse producido por “actividades criminales” o haberse generado “ilegalmente”. Originar, provenir, producir o generar son las cuatro formas con las que el legislador designa la conexión de los activos lavados con el llamado “delito fuente”, “delito precedente”, “delito determinante”, “delito antecedente” o “delito previo”, es decir con el pasado delictivo de los bienes.

Aunque el legislador se refiera en varias ocasiones, de modo general, al origen ilícito de los bienes, expresión que comprendería ilícitos de menor significado social como los civiles o administrativos⁸², el art. 10 pf. 2 cierra el concepto cuando señala que el

⁸⁰ Fundamento Jurídico 29º.

⁸¹ De modo inconveniente el D. Leg. N° 1114 de 5.7.12 ha derogado esta atenuante que se fundaba en el menor desvalor del resultado defraudatorio.

⁸² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 90.

origen ilícito “*corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal*”, etc.⁸³, de modo que no existen dudas en torno a que la fuente de los bienes corresponde a la comisión de delitos. Es más, aunque la cláusula abierta del citado pf. 2º solo pone el acento en la capacidad del delito previo de “*generar ganancias ilegales*”, conforme al principio de mínima intervención se considera que debe tratarse de delitos de cierta gravedad⁸⁴. Así, la determinación del delito precedente en el caso de delitos semejantes, deberá tener en cuenta que se trate de un delito grave y que a la vez genere una ganancia económica⁸⁵. En efecto, frente a los diferentes sistemas de determinación legal del delito fuente en el Derecho comparado⁸⁶, la regulación peruana los precisa “*relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de (...) delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares – obviamente graves: sancionados con penas privativas de la libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada- que generen ganancias ilícitas –su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación o decomiso-, con excepción del delito de receptación*”⁸⁷.

Esta gran apertura del art. 10 pf. 2 a todo tipo de delitos graves que generen ganancias, no ha evitado que el legislador, al igual que en la Ley N° 27765, excluya de modo expreso el delito de receptación del art. 194 del CP del catálogo de delitos fuente, exclusión que debe considerarse tan justificada como contradictoria. Por una parte, la pluralidad de bien jurídico protegido, la receptación tutela el

⁸³ La norma cita de modo expreso 13 delitos en especial: 1) minería ilegal, 2) tráfico ilícito de drogas, 3) terrorismo, 4) los delitos contra la administración pública, 5) secuestro, 6) proxenetismo, 7) trata de personas, 8) tráfico ilícito de armas, 9) tráfico ilícito de personas, 10) los delitos tributarios, 11) la extorsión, 12) el robo y 13) los delitos aduaneros. A diferencia del art. 6 pf. 2 de la Ley N° 27765, ahora se añade tres nuevos delitos al catálogo abierto: la minería ilegal, el tráfico ilícito de armas y los delitos tributarios en general (antes se mencionada solo la defraudación tributaria). A su vez, se elimina de la lista los delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada, incorporados en el 2º párrafo del art. 6 de la Ley N° 27765 por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07.

⁸⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 501.

⁸⁵ CARO JOHN, José Antonio. “Consideraciones sobre el «delito fuente» del lavado de activos y su incidencia para determinación del «riesgo reputacional» de una institución financiera”. En: Dogmática penal aplicada. Lima, Ara 2010, p. 161, quien extiende esta doble exigencia incluso para restringir el ámbito de aquellos delitos expresamente mencionados en la Ley, por ejemplo no puede aceptarse que todos los delitos contra la administración pública se consideren delito fuente sino aquellos graves y generadores de ganancias (p. 162) como el cohecho (art. 393ss.), el peculado (art. 387) o la colusión desleal (art. 384), quedando por ende al margen delitos como la malversación (art. 389) que por definición no dan lugar a la producción de ganancias. Finalmente, de modo referencial detalla algunos delitos equivalentes o similares que pueden considerarse delito previo: los delitos contra los derechos de autor, contra la propiedad industrial, contra los bienes culturales, contra el orden financiero y monetario, contra los recursos naturales y el medio ambiente, el lavado de activos y la falsificación de documentos (p. 164).

⁸⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 185-186, describe el sistema de *numerus clausus* (enumeración cerrada de un conjunto de supuestos que sirvan de base al blanqueo), de remisión a una categoría de delitos (descripción más abierta pero con un criterio delimitador, por ejemplo “*delitos graves*”), y el sistema mixto que conjuga las dos técnicas antes mencionadas.

⁸⁷ Fundamento Jurídico 30º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

patrimonio⁸⁸ y el lavado de activos el sistema de administración de justicia⁸⁹, y la semejante redacción de ambos preceptos, no parecen ya una justificación suficiente para dicha exclusión. Las sucesivas reformas del tipo penal agravado de receptación del art. 195 del CP, hasta la actual redacción conforme al art. único de la Ley N° 29583 de 19.9.10, han ampliado el objeto material de la receptación a delitos no patrimoniales como el secuestro, la extorsión y la trata de personas. A su vez, el propio art. 10 pf. 2 del D. Leg. N° 1106 considera que el lavado de activos también puede recaer sobre los bienes derivados del secuestro, la extorsión⁹⁰ y la trata de personas, e incluso sobre el robo que sí es un delito patrimonial. Ante esta realidad legislativa, si aún se defendiera que la propia receptación y los delitos que la pueden preceder, no pueden considerarse delito fuente de lavado de activos, tendría que llegarse a la absurda conclusión de que cualquier delito patrimonial, junto con el secuestro, la extorsión y la trata de personas, no pueden configurar el delito previo del lavado de activos, pese a que el art. 10 pf. 2º los reconoce como tales de modo literal. O tendría que entenderse que el lavado de activos sí puede recaer sobre esos bienes cuando no han sido objeto de receptación alguna, lo que podría conllevar que verdaderos casos de lavado de activos terminen siendo tratados de modo privilegiado con las menores sanciones que se prevé para la receptación.

La única forma de compatibilizar estos dispositivos es bajo la comprensión de que el art. 10 pf. 2 sólo excluye como delito fuente al delito de receptación del art. 194 y no a los posibles delitos fuente de la receptación. Así, puede haber lavado de activos derivados del robo agravado, el secuestro o de la extorsión, pero no hay espacio para el reciclaje de capitales provenientes de la receptación, pese a que ello es teóricamente posible: un reducidor de carros compra autopartes robadas, luego las vende e invierte las ganancias en la compra de un auto nuevo. En este caso el reducidor solo podrá ser perseguido por receptación (comprar y vender las autopartes), pero también por el delito de lavado de activos derivado del robo de las autopartes (conversión o inversión de las ganancias en la compra del auto), en base a conductas diferenciadas y conforme a las reglas del concurso real. La posibilidad de aceptar legalmente el concurso ideal entre receptación y lavado sólo es posible tratándose de la receptación aduanera tipificada por el art. 6 de la Ley N° 28008 de

⁸⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio. 4ª ed. Lima, Grijley 2010, p. 264. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 491.

⁸⁹ Vid. en detalle, CARO CORIA, Dino Carlos y Diana Marisela ASMAT COELLO. "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos". En: Libro homenaje al Prof. Dr. César Augusto Paredes Vargas. Lima, 2012, en prensa, apartado I. Del mismo modo, CARO JOHN, José Antonio. "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del delito de lavado de activos". En: Dogmática penal aplicada, cit., pp. 184-185. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. "Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención de los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo". En: Silva Sánchez, Jesús-María (Dir). ¿Libertades económicas o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid/Barcelona, Marcial Pons 2003, p. 153. TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial, cit., § 7/278 de la parte especial.

⁹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio, cit., p. 366, considera que aquí se protege el patrimonio y la libertad personal.

19.6.03, recientemente reformado por el art. 3 del D. Leg. N° 1111 de 29.6.12, que puede erigirse como delito previo del lavado de activos porque el art. 10 pf. 2 del D. Leg. 1106 reconoce como delito fuente a los delitos aduaneros en general: el comerciante que compra a sabiendas bienes derivados del contrabando y los oculta perfecciona así la receptación aduanera, y si además lo hace para evitar la incautación por parte de las autoridades que han detenido al contrabandista, también se configura el lavado de activos.

El delito precedente debe ser en esencia doloso, aunque excepcionalmente podría admitirse la modalidad culposa siempre que genere ganancias y se considere grave⁹¹, pero ello no acontece *de lege lata* en nuestro sistema que prevé penas de menor trascendencia para los delitos imprudentes que pueden generar beneficios⁹², como es el caso del tipo de disminución culposa del patrimonio concursal (art. 210, privación de libertad de 18 meses a 3 años) o de contaminación ambiental imprudente (art. 304 pf. 2, pena de hasta 3 años de privación de libertad). En cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa⁹³, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo⁹⁴.

De acuerdo con el art. 2.2 del Código Penal⁹⁵, los Tribunales peruanos tienen competencia para conocer y juzgar el delito de lavado de activos cometido en el extranjero sólo si produce efectos en el territorio nacional, aunque esta regla excepcional no puede extenderse sin más al delito precedente que por definición es autónomo e independiente del ilícito de lavado. Se ha sostenido sin embargo que el delito precedente puede haberse cometido en el territorio nacional o en el extranjero, en éste último caso suele exigirse la doble incriminación como en la extradición, el hecho debe ser punible tanto en el Perú como en el lugar donde se cometió⁹⁶, pero esta solución carece hasta la fecha de soporte en el Derecho nacional, a diferencia de regulaciones como la española (art. 301.4 del CP) y la alemana (§ 261 (8) del StGB) que sí contemplan previsiones expresas en tal sentido. Con ello subsisten las dudas sobre si el carácter grave del delito previo debe determinarse conforme al Derecho peruano o extranjero, o si la acreditación del delito previo debe darse conforme al estándar probatorio local o foráneo.

⁹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 189.

⁹² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 95.

⁹³ Así, el Fundamento Jurídico 11º del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 de 6.12.11.

⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 486.

⁹⁵ Modificado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que amplió el principio real o de defensa, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Comentarios sobre el Decreto Legislativo N° 982, que reforma el Código Penal". En: JuS Legislación 7/2007, pp. 274-275.

⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 487. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 96. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 504-505.

La autonomía del delito de lavado de activos fue esbozada primero por el art. 6 pf 3 de la Ley N° 27765, según el cual *“En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria”*. Esta fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes⁹⁷, ante lo cual se llegó a proponer, en contra del Derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse⁹⁸. Esta interpretación correctiva fue complementada en nuestro medio con los aportes de la doctrina española⁹⁹, en el sentido de que no era necesario acreditar todos los elementos del delito previo, el injusto culpable (incluso punible), sino y únicamente que la conducta generadora de los bienes es típica y antijurídica, es decir la existencia de un injusto penal¹⁰⁰, lo que ha venido a identificarse como el criterio de la *“accesoriedad limitada”*¹⁰¹, la *“relación de accesoriedad limitada”* entre el delito previo y el blanqueo de capitales¹⁰², o la *“relación de integración”* porque el hecho previo es sólo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo¹⁰³. Aunque como veremos luego, la relación entre el delito precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva.

La Corte Suprema adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, sólo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente. Se ha establecido *“que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado”*, sin embargo *“El delito fuente, (...)”*

⁹⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. “Alcances de la ley penal contra el lavado de activos”. En: Actualidad Jurídica, T. 105, agosto 2002, p. 64.

⁹⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 308. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 505.

⁹⁹ En base a una norma que no tiene equivalencia en la legislación peruana, el art. 300 del CP español establece que las disposiciones del capítulo sobre lavado de activos y receptación *“se aplicarán aún cuando el autor o el cómplice del hecho del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera penalmente exento de pena”*. Esto significa que para efectos dogmáticos y de prueba, es suficiente que el delito previo se entienda como comportamiento antijurídico o injusto penal.

¹⁰⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. “Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos”, cit., p. 522. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 95. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 503-504.

¹⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 486, aunque califica esta denominación de impropia porque el blanqueo no es un delito accesorio del delito previo.

¹⁰² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 198.

¹⁰³ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., pp. 314-315, p. 325 nota 243.

*es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva*¹⁰⁴. Pero ello no enerva la necesidad de que en el mismo proceso por lavado de activo deba ejercerse una mínima actividad probatoria en torno al delito fuente, se señala en ese sentido que *“El tipo penal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo (...); es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves (...) o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal*”¹⁰⁵. Así delimitado el objeto de prueba, la Corte Suprema desarrolla con poca novedad los lineamientos básicos de la prueba indiciaria, considerada como idónea y útil en los procesos vinculados a la criminalidad organizada en donde la prueba directa está ausente¹⁰⁶. Ello calza con el propio enunciado de la parte final del pf. 2º del art. 10 del D. Leg. 1106 conforme al cual *“El origen ilícito que conoce o debía conocer el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”*, norma que reproduce casi con exactitud el contenido del pf. 1 del art. 6 de la derogada Ley N° 27765 y que en gran medida tuvo como fuente el art. 3.3 de la Convención de Viena¹⁰⁷ y del art. 6.2.f de la Convención de Palermo¹⁰⁸ que reconocen la relevancia de la prueba indiciaria¹⁰⁹. Así, y volviendo sobre el Acuerdo Plenario, finalmente la Corte Suprema enuncia y desarrolla, también con escasa novedad, el sentido de algunos indicios que, conforme a la experiencia criminológica, criminalística y jurisprudencial, son recurrentes en los casos de lavado de activos¹¹⁰.

Este desarrollo jurisprudencial mantiene actualidad pese a que el art. 10 pf. 1 del D. Leg. N° 1106 ha radicalizado la noción de *“autonomía”* del delito de lavado de activos. El nuevo dispositivo establece que *“El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria”*. Al igual que la regulación derogada, no es necesario que el delito previo haya sido en el pasado objeto de

¹⁰⁴ Fundamento Jurídico 32º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁰⁵ Fundamento Jurídico 35º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁰⁶ Fundamento Jurídico 33º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁰⁷ *“El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”*.

¹⁰⁸ *“El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas”*.

¹⁰⁹ ABEL SOUTO, Miguel. El blanqueo de dinero en la normativa internacional, cit., pp. 102-103, 251.

¹¹⁰ Fundamento Jurídico 34º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

investigación o fallo alguno, dicha actividad probatoria deberá ejecutarse cuando menos en el proceso penal que se instaure por el delito de lavado de activos. Antes bien, es de destacarse dos novedades, por un lado se ha enfatizado la no necesidad de que el delito fuente haya sido objeto de prueba alguna en cualquier contexto, dentro o fuera de un proceso oficial, lo que parece abrir la puerta a investigaciones o procesos por lavado de activos que pueden iniciarse sin prueba alguna del delito fuente que se postule. En esa misma línea restrictiva de derechos fundamentales, es más grave todavía que la ley acepte la posibilidad de investigar el delito de lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto, lo que entendido de modo literal podría justificar la realización de investigaciones por lavado sin la identificación y delimitación del delito precedente, sin una hipótesis, por preliminar o provisional que fuera, sobre el delito fuente. En ese contexto, con simples alertas como el desbalance patrimonial de una persona, podría dictarse una decisión de diligencias preliminares o de formalización de investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular¹¹¹ y no al presunto delito que lo originó, y simplemente porque no es necesario que éste haya sido descubierto. Principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, el derecho de defensa o el derecho a probar, fundamentan la necesidad de determinación del delito precedente en toda investigación por lavado de activos¹¹² y, en consecuencia, la inaplicación de estos extremos de la nueva norma

III.4 La imputación objetiva en los procesos de contaminación/descontaminación del objeto material

En la medida que el bien a reciclar puede provenir de modo directo o indirecto de cualquier delito previamente cometido, se acepta que el lavado de activos también se configure como delito fuente de un nuevo acto de lavado, con ello se da paso a la sanción del llamado "*lavado sustitutivo o por sustitución*", en donde el bien se sustituye o se transforma completamente al punto de no quedar nada del bien originario, así como del "*lavado en cadena*" que implica la sucesión de diversos actos de reciclaje en base al mismo bien u otros que deriven del mismo¹¹³. Los procesos de sustitución y blanqueo en cadena pueden corresponder, según cada caso, a supuestos de conversión de activos, específicamente a conductas de transformación, o transferencia de bienes, y en ellos es común que se produzca la mezcla o contaminación de activos de origen lícito con los de procedencia ilícita. La admisión de estas modalidades típicas requiere sin embargo la identificación de límites precisos a

¹¹¹ Como sanciona el art. 327 del CP colombiano al incriminar al que "*de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictiva*". Vid., CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de enriquecimiento ilícito. 4ª ed. Bogotá, Leyer 2002, pp. 43ss.

¹¹² CASTILLO ALVA, José Luis. "La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", cit., pp. 341ss.

¹¹³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 92-93. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 502. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 193.

fin de evitar una sobrecriminalización *ad infinitum* o la punición de conductas por la simple conexión causal, por lejana que fuera, con bienes que han sido objeto de actos de blanqueo de capitales. El injusto del lavado de activos no puede reducirse “a cualquier contacto con los bienes originarios en la ejecución de conductas delictivas, dado que se termina atribuyendo a los bienes de origen ilícito una capacidad ilimitada de contaminación respecto a los de procedencia lícita, cuando éstos se intercambian o se mezclan”¹¹⁴. Por esa vía, en un corto tiempo podría llegarse a considerar contaminada una parte esencial de la economía legal¹¹⁵.

La necesidad de diferenciar los activos de fuente ilícita de aquéllos de procedencia lícita, tanto en los casos de transformación o conversión total o parcial de bienes, como de mezcla, ha quedado claramente expresada en las Convenciones de Viena¹¹⁶ y de Palermo¹¹⁷. Conforme a esta regulación de Derecho penal internacional, las medidas de coerción reales como el embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, sólo pueden afectar el patrimonio contaminado, dejándose indemnes los activos de fuente lícita. Aunque estas reglas no han sido implementadas en el Derecho interno, debe aceptarse

¹¹⁴ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 325.

¹¹⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 288.

¹¹⁶ “Artículo 5.- Decomiso (...)

6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:

i) el producto.

ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto. (...).

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)

¹¹⁷ “Artículo 12. Decomiso e incautación (...)

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. (...)

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)

su aplicación directa e inmediata porque conforme al art. 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional¹¹⁸, y si versan sobre derechos reconocidos por la Constitución, en este caso el patrimonio que se puede ver afectado por el embargo, la incautación o el comiso, se consideran que tienen rango constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y al contenido de los arts. 2 y 3 de la Ley Fundamental¹¹⁹. Evidentemente las Convenciones de Viena y de Palermo no son tratados sobre Derechos Humanos, pero contemplan reglas que afectan y protegen derechos fundamentales como el patrimonio de la persona, en concreto el derecho a diferenciar y salvaguardar de cualquier medida temporal o definitiva el patrimonio de origen lícito. Acorde con ello, el art. 253 del Código Procesal Penal de 2004 impone que la restricción de estos derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas se someta a las garantías y principios esenciales como los de proporcionalidad y razonabilidad¹²⁰ que, aplicados al caso, conllevan la necesidad de que una investigación por lavado de activos, y por ende la sentencia final, sólo puedan afectar los bienes de origen ilícito.

Zanjado lo anterior, la cuestión que se plantea es otra y consiste en establecer las reglas de imputación, o de no imputación, cuando el objeto material del delito es el producto de la mezcla entre activos de origen lícito e ilícito, o cuando dicho objeto ha sido transformado o sustituido. Los planteamientos más difundidos en esa dirección son los de **Barton**¹²¹, expuestos y adaptados para el Derecho español por **Blanco Cordero**¹²², quien propone resolver o establecer los nexos entre los bienes y la conducta delictiva previa aplicando los mismos criterios que sirven para atribuir un determinado resultado a una conducta¹²³, por ello analiza el valor de las teorías de la causalidad, en concreto la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva, decantándose por ésta última: *“un bien no procede de un hecho delictivo (...) cuando según la teoría de la imputación objetiva se rompe el nexo causal existente conforme a consideraciones normativas. Se podría decir que la causalidad exigida con un delito previo no se da cuando éste no es jurídicamente significativo para el bien”*¹²⁴. Bajo esa línea, considera por ejemplo que los casos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos sobre los cuales se ejecutan conductas de lavado posteriores, y la hipótesis de plusvalía y rendimiento de los bienes mezclados, deben resolverse conforme al criterio de la *“significancia jurídica”*: *“allí donde la correlación entre*

¹¹⁸ NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos. Lima, PUCP 2000, p. 108. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Vol. I. 2ª ed. Lima, Grijley 2003, p. 19.

¹¹⁹ NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos, cit., p. 123.

¹²⁰ CÁCERES JULCA, Roberto. Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial. Lima, Idemsa 2006, pp. 39ss.

¹²¹ Su conocido trabajo sobre el objeto de la acción en el lavado de dinero, BARTON, Stephan. “Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?”. En: Neue Zeitschrift für Strafrecht, vol. 4, 1993, pp. 159ss.

¹²² BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 294ss.

¹²³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 208.

¹²⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 295.

*elementos manchados y no manchados de un bien lleve al resultado de que los primeros no son significativos para el bien, la mezcla no debe considerarse proveniente de un delito previo*¹²⁵, significancia que Barton concreta en base a criterios “socioeconómicos”, o más bien matemáticos, si la parte del bien que se origina en un delito anterior fluctúa entre el 1/1000 y el 5/100, entre 0.1% y 5%, entonces el bien no puede considerarse de procedencia ilícita, si supera el 5% ya se erige como un bien idóneo para el blanqueo¹²⁶. Pero en estricto, Barton apuesta por una teoría de la imputación objetiva que no aplica, identifica una serie de supuestos en los que a su juicio no existe “*significación jurídica*” sin explicar si ello corresponde al criterio de peligrosidad de la acción (riesgo permitido o no creación de un riesgo jurídicamente relevante) o al ámbito de protección de la norma (no realización del riesgo en el resultado)¹²⁷.

Partiendo igualmente del nivel de significancia, **Blanco Cordero** considera que “*el recurso al principio de proporcionalidad y al análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva, han de ser utilizados por el juez en la decisión de estos supuestos*”¹²⁸. Así, junto a las teorías de la causalidad impone otros correctivos jurídico-civiles, la adecuación social y las reducciones teleológicas¹²⁹, aunque sacrificando la coherencia de su planteamiento, por ejemplo considera en base a la equivalencia de las condiciones que los bienes producidos por una corporación no están contaminados aún cuando el delincuente ha adquirido una participación en la empresa con dinero de origen ilegal¹³⁰, o con base en la teoría de la adecuación también concluye que no está manchado el jugoso premio obtenido mediante un ticket de lotería comprado con dinero de fuente ilícita¹³¹. De esta manera Blanco Cordero “*resuelve cada uno de los supuestos problemáticos en base a una teoría de la causalidad distinta, con lo que su argumentación, aceptable caso por caso, pierde coherencia si es valorada en su conjunto*”¹³².

También en la doctrina española, **Aránguez Sánchez** postula la incapacidad de rendimiento de la teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación o de la imputación objetiva para fundamentar la descontaminación del bien, porque se trata de construcciones que por el contrario sirven para fundamentar o afirmar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, y no para romper ese nexo o

¹²⁵ Ibid., p. 297.

¹²⁶ Ibid., p. 297, notas 332 y 335.

¹²⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 208.

¹²⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 300.

¹²⁹ Ibid., pp. 295ss. Le sigue, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 488.

¹³⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 291.

¹³¹ Ibid., p. 293.

¹³² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 209, extendiendo tal crítica a DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal, cit., p. 109, quien también ha postulado acudir a la teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva.

vínculo entre el bien y el delito precedente¹³³. Para este autor es necesario en consecuencia recurrir a una interpretación teleológica, es decir al fin de la regulación contra el blanqueo de capitales, *“que no es otro que el aislamiento de los beneficios procedentes de un delito grave del tráfico económico legal”*¹³⁴. Pero la interpretación teleológica que postula Aránguez Sánchez parece jugar un rol meramente secundario o auxiliar, y es que pese a las críticas a Barton e Isidoro Blanco, el autor enfrenta el supuesto básico de mezcla de bienes de procedencia ilícita con los de origen lícito, adoptando los planteamientos del propio Barton, quien *“resuelve el supuesto en base a la significación jurídica de la parte sucia en relación a la limpia”*¹³⁵. Ante el modelo de Barton, el autor español sólo incorpora dos matizaciones, por un lado cuestiona la relevancia del criterio porcentual¹³⁶, plantea que un mejor criterio es *“considerar que siempre que se pueda conocer que una parte de un bien tiene procedencia ilícita, entonces ese bien puede ser objeto material del blanqueo”*¹³⁷. En segundo término, dado que la descontaminación por mezcla solo tiene sentido cuando el bien tenga una unidad, si el bien es divisible –dinero por ejemplo- podrá escindirse la parte de origen delictivo, entonces *“si de un conjunto pueden separarse (antes de la mezcla) los bienes de ilícita procedencia, éstos no pierden tal condición, aunque supongan una parte insignificante del conjunto (luego de la mezcla)”*¹³⁸.

Este mismo tratamiento de los casos de mezcla es extendido por el autor a otros cuatro supuestos generalmente referidos en la doctrina como casos autónomos, pero que en rigor configuran modalidades de aquélla: 1) los beneficios ordinarios producidos por el bien de origen ilícito (los intereses de un depósito bancario, las utilidades de las acciones) también adoptan ese origen ilícito, porque derivan directamente de dicho bien y se mezclan con éste, salvo que el bien originalmente ilícito sea divisible en cuyo caso sólo se contamina el beneficio en la proporción correspondiente¹³⁹; 2) los beneficios extraordinarios (ganar la lotería!) producidos por el bien de origen ilícito (el ticket) no se contaminan porque solo una ínfima parte del capital tiene origen ilegal, careciendo de la significación necesaria para extender el efecto contaminante¹⁴⁰; 3) las transmisiones parciales de un bien parcialmente proveniente de un delito grave (una cuenta bancaria mezcla capitales de origen ilícito y lícito, y se transfiere una parte de dicho capital a otra cuenta), están contaminadas en

¹³³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 209. Del mismo modo, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 325, nota 244.

¹³⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 209-210.

¹³⁵ Ibid., p. 211.

¹³⁶ Como se explicó antes, para Barton si la parte de origen delictivo no supera el rango de 0.1% a 5%, entonces el bien no se reputará contaminado, si supera el 5% será lo contrario, y *“Entre esos límites la cuestión ha de resolverse atendiendo a cada caso concreto, dependiendo del tipo de objeto que se trate y la forma en la que se mezcló con bienes de ilícita procedencia”*, Ibid., p. 211.

¹³⁷ Ibid., p. 211.

¹³⁸ Ibid., pp. 211-212, textos entre paréntesis añadidos.

¹³⁹ Ibid., pp. 212-213.

¹⁴⁰ Ibid., p. 213.

la proporción que de origen ilícito tenía el bien producto de la mezcla¹⁴¹; y, 4) si se transforma el bien por el trabajo de un tercero, no hay contaminación si dicho bien no tiene un valor significativo frente al trabajo realizado (lienzo/pintura)¹⁴². El autor analiza tres supuestos más distintos a la mezcla: 5) en los casos de devaluación (carro nuevo/carro depreciado o incluso chatarra) y revalorización (un inmueble que multiplica su valor por el cambio de uso o la mayor demanda) del bien de origen ilícito, dicho origen subsiste, porque se trata exactamente del mismo bien, y en el último caso se produce el contagio de la ilicitud originaria a la parte revalorizada; 6) si el bien de origen ilícito se adquiere “*de buena fe*”, sin poder conocerse el origen ilícito, el bien se descontamina, al menos provisionalmente, aunque en su lugar queda contaminado el bien obtenido como contraprestación por la transmisión, el nexo de ilicitud resurge si luego otro adquiere el mismo bien sabiendo de su origen delictivo, por ello se considera en rigor que la adquisición de buena fe es solo un supuesto de “*transacción económica neutra*” incapaz de afectar el bien jurídico¹⁴³; y, 7) si se produce la prescripción o despenalización del hecho delictivo, el origen delictivo del bien desaparece, el bien se descontamina¹⁴⁴.

La conocida vinculación entre contaminación/descontaminación y comiso ha sido defendida en el Derecho penal alemán por **Vogel**¹⁴⁵, y en Suiza por **Graber**¹⁴⁶. Este último sostiene que solamente podría ser bien apto para la confiscación –y, por ende, para el lavado de activos¹⁴⁷–, la parte de origen ilegal y no el resto, conclusión que viene avalada de cierta forma por el art. 5.6.b) de la Convención de Viena y el art. 12.4 de la Convención de Palermo que, en los casos de mezcla, resuelven que sólo podrán decomisarse los bienes hasta el valor estimado del producto de origen delictivo mezclado. En la literatura española, **Palma Herrera** considera que quienes proponen resolver los casos de mezcla conforme a la “*significancia*” o la “*cognoscibilidad*” cometen el yerro de equiparar el objeto material con la totalidad del bien sobre el que recae la conducta típica¹⁴⁸, cuando en estricto “*el objeto material será el bien pero sólo en la proporción en la que el mismo procede de un delito (...) Y sí, como hemos visto, basta con una sola peseta de procedencia delictiva para entender realizado el tipo penal, aunque sólo sea de origen delictivo, el bien, en esa ínfima parte, podrá ser objeto material de un delito de blanqueo*”¹⁴⁹.

En esta línea de ideas, en los casos de revalorización del bien por el trabajo de un tercero, el incremento económico suscitado deberá estimarse de origen lícito¹⁵⁰. En el supuesto de transformación no se pierde el origen ilícito porque el art. 127.1 del

¹⁴¹ Ibid., p. 215.

¹⁴² Ibid., p. 216.

¹⁴³ Ibid. p. 217.

¹⁴⁴ Ibid., pp. 218-219.

¹⁴⁵ Citado por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 209.

¹⁴⁶ Citado por BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 298.

¹⁴⁷ Ibid., p. 298, vid la nota explicativa 341.

¹⁴⁸ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pp. 363-364.

¹⁴⁹ Ibid., pp. 363-364.

¹⁵⁰ Ibid., p. 364.

Código Penal español impone que el decomiso procede “*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*” los bienes¹⁵¹, conclusión compatible con el art. 102 del Código Penal peruano, reformado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el comiso a “*cualquier producto proveniente*” de la infracción. En los casos de sustitución, y concretamente en la adquisición por un tercero de buena fe, Palma Herrera interpreta que el nexo del bien con el delito previo no se pierde nunca, aunque en los casos de buena fe decaiga la pretensión estatal de decomisar para salvaguardar de modo excepcional al adquirente¹⁵², como establece expresamente la parte final del art. 127.1 del texto español, solución que para un sector de la doctrina nacional también contemplaría el texto actual del art. 102 del texto peruano¹⁵³, aunque esto pueda ponerse en duda por la ausencia de una declaración expresa de tutela al adquirente de buena fe, la que sí podía deducirse del texto anterior del art. 102 que excluía el comiso de bienes “*que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción*”¹⁵⁴, y más porque el art. 948 del Código Civil, pese a la buena fe, excluye la adquisición *a non domino* de bienes muebles “*adquiridos con infracción de la ley penal*”. Finalmente, Palma Herrera señala que únicamente la despenalización del hecho previo tiene la aptitud suficiente para descontaminar o desvincular el bien de su origen delictivo, lo que no acontece con la prescripción que “*no niega la existencia de un hecho típico y antijurídico previo*”¹⁵⁵, aunque también aquí se pierda el interés estatal de perseguir el blanqueo de capitales porque no existen bienes decomisables¹⁵⁶.

Arias Holguín adopta los postulados de Palma Herrera, para ella el comiso define el límite para la constitución del objeto material del blanqueo, “*porque justamente éste es el instrumento mediante el cual el ordenamiento jurídico proscribe la circulación por el sistema financiero de los activos que son originados en la ejecución de conductas delictivas. Fuera de estos eventos los bienes son transferibles y disponibles*”¹⁵⁷. Y frente a críticas que inciden en la evidente diferencia de fines entre el blanqueo y el comiso¹⁵⁸, la autora niega que la función del tipo de blanqueo estribe en el aseguramiento del comiso, pues “*tan solo se trata de buscar el recurso para realizar el juicio sobre si los bienes que se han originado en la comisión de conductas delictivas, pero que mediante otras operaciones o transacciones se han sustituido o transformado, reúnen las características requeridas para ser el objeto material de esta*

¹⁵¹ Ibid., p. 364.

¹⁵² Ibid., p. 366.

¹⁵³ GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general. Lima, Grijley 2008, p. 750, “*el decomiso debe tener como límite la adquisición onerosa por un tercero de buena fe, en la medida que, de otro modo, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial*”.

¹⁵⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. Las consecuencias jurídico-económicas del delito. Lima, Idemsa 2001, pp. 230-231.

¹⁵⁵ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 367.

¹⁵⁶ Ibid., pp. 368-369.

¹⁵⁷ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión dolosa de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., pp. 325-326.

¹⁵⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p 209.

incriminación”¹⁵⁹. Bajo esta perspectiva, la verdadera complicación de los casos de mezcla son, como en el comiso, los problemas de prueba para determinar qué bienes o qué parte de éstos tienen origen ilícito y cuáles no. Por ejemplo, no es aceptable calificar como íntegramente de origen ilegal un bien mezclado respecto del cual sólo se ha probado su ilegalidad en una parte, y cargar al titular de los bienes con la prueba de que si existe una parte de origen legal¹⁶⁰. Aunque, como concluye Arias Holguín, dicho debate no puede afectar el juicio sobre la idoneidad de los límites del comiso para constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales¹⁶¹.

La revisión de todos estos aportes evidencia los esfuerzos de la doctrina de la parte especial por delimitar o acotar la conexión entre el bien y su origen delictivo, o dicho de otro modo por determinar en qué casos el objeto material del delito es un objeto idóneo para la comisión del lavado de activos. No se enfrenta por lo tanto un problema de determinación de la relación o grado de accesoriedad o integración entre el delito precedente y el blanqueo como se ha sostenido, tampoco se trata de un problema de causas equivalentes o de adecuación social, al menos no como ha sido descrito por la doctrina referida. El asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la **imputación objetiva**. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*¹⁶², si los actos de conversión o transferencia recaen sobre objetos descontaminados, son tan atípicos como la tentativa inidónea por la *“absoluta impropiedad del objeto”* (art. 17 del CP). En efecto, ésta última se define precisamente recurriendo a *“la peligrosidad de la acción cometida por el agente, mediante la cual es imposible consumir el delito, porque (...) el objeto (es) inapropiado. Estas características indican una falta de capacidad potencial para hacer factible la consumación. La apreciación de esta potencialidad del medio (...) y por consiguiente de la acción, debe hacerse ex ante e in concreto. Dicho de otro modo, el juez debe colocarse, idealmente, en la misma posición en que se encontraba el agente al comenzar la ejecución de su acción y apreciar, según los conocimientos que tenía, si la acción podía, según las circunstancias del caso, desembocar en la realización del tipo*

¹⁵⁹ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 326.

¹⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 298. Precisamente los arts. 5.7 y 12.7 de la Convenciones de Viena y de Palermo, respectivamente, postulan un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, el imputado deberá probar el origen lícito de los supuestos bienes blanqueados, regla que no puede adoptarse conforme al Derecho peruano que reconoce a nivel constitucional la presunción de inocencia (art. 2.24.e).

¹⁶¹ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 326.

¹⁶² Vid. ampliamente sobre la peligrosidad *ex-ante* de la conducta, CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Lima, Gráfica Horizonte 1999, pp. 492ss.

*legal. (...) El peligro del que se trata es el que representa la acción realizada para los bienes jurídicos de terceros*¹⁶³.

Si la peligrosidad *ex-ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende “contaminado” o “manchado” por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un **objeto peligroso**, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex-ante*. La peligrosidad del objeto, o de la “cosa” como solía denominarse en la literatura antigua, no es una categoría nueva en el Derecho penal si tomamos en cuenta la existencia de múltiples tipos de la parte especial que fundan la antijuricidad material, entre otros elementos, con la descripción de una situación o circunstancia en la que un objeto o un bien, de lícito o ilícito comercio, aparece también, para usar la misma expresión que en el lavado de activos, “contaminado” o “manchado” por: 1) una condición intrínseca al objeto, 2) por la propia conducta típica, 3) por su conexión con un hecho del pasado, o 4) por su vinculación a una conducta futura. Ejemplos del primer grupo son el tipo de tráfico ilegal de “residuos o desechos tóxicos o peligrosos” (art. 307 del CP), el delito de manipulación de “armas químicas” (art. 279-A del CP) o la conducta de posesión de “drogas tóxicas” (art. 296 pf. 2 del CP), en estos casos la peligrosidad del objeto es inherente al bien independientemente del tipo de conducta que pueda recaer sobre el mismo. El segundo caso corresponde por ejemplo al delito de hacer en todo o en parte un documento falso o adulterar uno verdadero (art. 427 pf. 1 del CP), en este supuesto la peligrosidad del objeto es producto de la propia actividad delictiva, peligrosidad que en el ejemplo citado estriba en que el documento falso o adulterado “pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho”. En el tercer grupo la peligrosidad deriva de un hecho pasado, como en la receptación (art. 194 del CP) o el lavado de activos, aquí la peligrosidad se profundiza o se proyecta en nuevos cursos peligrosos o lesivos, a través de las conductas típicas que recaen sobre el objeto. Finalmente, el cuarto caso puede ejemplificarse con el tipo de posesión, transporte, adquisición o venta no autorizada de “insumos químicos o productos” (art. 296-B del CP), aquí la peligrosidad de la cosa sólo puede explicarse por su conexión con un futuro hecho ilícito, que para la ley se concreta en “el objeto (el fin) de destinarlos a la producción, extracción o preparación ilícita de drogas”¹⁶⁴.

En varios de estos casos la peligrosidad del objeto material demanda, además de las prohibiciones penales, diferentes grados de inocuización, una serie de reglas previas o coetáneas a la norma penal¹⁶⁵ para la administración eficiente del riesgo de uso, manipulación, transporte, resguardo, tenencia, etc., que pueden ir desde la aplicación de reglas administrativas indicadoras de los niveles de riesgo permitido, para el transporte de residuos peligrosos por ejemplo, hasta el embargo, la incautación, el decomiso, la pérdida de dominio o incluso la destrucción del objeto, como en el caso

¹⁶³ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Manual de Derecho penal. Parte general. T. II. 4ª ed. Lima, Idemsa 2011, §19/2176-2178.

¹⁶⁴ Texto entre paréntesis fuera del original.

¹⁶⁵ Propias de la norma penal secundaria, como el comiso.

de las drogas o los billetes falsificados que son de ilícito comercio. En el caso concreto del lavado de activos provenientes de un delito anterior, las reglas de interdicción de los capitales de origen ilegal abarcan: 1) la aplicación de la incautación y/o el comiso como consecuencia del delito anterior; 2) el sistema de prevención que impone obligaciones administrativas o de *compliance* a diferentes sujetos obligados, dentro y fuera del sistema financiero, para la evitación de potenciales conductas de lavado y la identificación del presunto patrimonio ilícito: conocimiento del cliente, debida diligencia, desvinculación del cliente, monitoreo constante de operaciones inusuales, e identificación y reporte de operaciones sospechosas (incluso reforzada penalmente a través del delito del art. 5 del D. Leg. N° 1106); 3) las prohibiciones propiamente penales de negociar con bienes de origen ilegal, las diferentes modalidades del lavado de activos; y, 4) las consecuencias patrimoniales del propio delito de lavado y su tutela cautelar.

Frente a este panorama, la determinación normativa de la peligrosidad *ex-ante* del objeto material deberá obedecer en primer término a criterios teleológicos derivados del ámbito de protección de la norma: no están permitidas las conductas de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia, únicamente si el objeto de origen delictivo es idóneo, desde una perspectiva general *ex-ante*, para insertarse en el tráfico legal o lícito de bienes. En segundo lugar, y como complemento necesario para dicha determinación, deberá atenderse al sistema de reglas previas o coetáneas a la norma penal para el tratamiento de tales objetos, las que se erigen como *ratio cognoscendi* de los niveles de riesgo permitido¹⁶⁶ porque, para decirlo en palabras de Jakobs, “*deja de estar permitido aquél comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o multa administrativa*”¹⁶⁷.

Desde esta perspectiva de valoración que estimo como dogmáticamente correcta, quedan sin espacio las propuestas que definen la descontaminación del objeto en casos de mezcla con criterios de gran acento cuantitativo como el de Barton de la “*significancia jurídica*”, que incluso acude a fórmulas matemáticas como el límite del 5% que si bien aporta seguridad jurídica, carece de asidero legal y dogmático desde la perspectiva de la imputación objetiva, porque ni siquiera implica una determinación del riesgo permitido conforme a una ya opinable razón de cálculo de costes y beneficios¹⁶⁸. Si bien Blanco Cordero recurre a correctivos cualitativos como el principio de proporcionalidad, que en rigor inspira a todo el Derecho punitivo, finalmente se ciñe a criterios cuantitativos cuando postula el análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva. La perspectiva de Aránguez Sánchez tampoco es convincente porque sólo se funda en la perspectiva teleológica que conecta el objeto al bien jurídico protegido, sin referencia alguna a la regulación que soporta el tratamiento jurídico del objeto material.

¹⁶⁶ CARO CORIA, Dino Carlos. “El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico”. En: ADPE N° 1/2011, pp. 20-21.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho penal. Lima, Grijley 1998, p. 48.

¹⁶⁸ Ibid., p. 43.

A su vez, la delimitación del objeto material bajo los mismos límites del comiso, como defienden Palma Herrera y Arias Holguín, tiene la virtud de emparentar dos conceptos con tres elementos comunes: 1) el objeto material del lavado y el objeto del comiso derivan de un injusto penal (conducta típica y antijurídica)¹⁶⁹, que eventualmente puede ser el mismo; 2) dentro de las múltiples posibilidades del tipo alternativo de lavado se tiene el caso en que el objeto material es un bien decomisible –“(...) con la finalidad de evitar (..) su (...) decomiso”–; y, 3) la peligrosidad del objeto del lavado se asemeja a la peligrosidad objetiva de la cosa que fundamenta el comiso y emana del “pronóstico de probabilidad de que (los objetos peligrosos) pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél”¹⁷⁰. Esa última semejanza es de la mayor trascendencia porque abona en la delimitación del objeto material del lavado aquí defendida con base en la imputación objetiva, pues la peligrosidad objetiva de la cosa decomisada sirve también para la fundamentación de las consecuencias accesorias contra la persona jurídica, peligrosidad corporativa que se ha venido construyendo partiendo de la imputación objetiva, bajo conceptos como el riesgo o defecto de organización, o deficiente administración del riesgo¹⁷¹, como ha establecido el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de 13.11.09¹⁷². Como señala Feijóo Sánchez, “La «teoría de la imputación objetiva» es una teoría normativa que pretende averiguar el sentido y fin de las normas con relevancia penal. Por ello para solucionar esta problemática es preciso –una vez más– determinar la finalidad político criminal de las consecuencias accesorias para las personas colectivas. Partiendo, como ya he defendido, de la idea de que estas consecuencias tienen como finalidad combatir la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación basada en un defecto de organización que facilita la comisión de hechos antijurídicos, las ideas desarrolladas por la doctrina alemana, especialmente por TIEDEMANN y SCHÜNEMANN, tienen gran utilidad para resolver esta problemática. La consecuencia para la persona jurídica sólo tiene sentido en aquellos casos en los que la actuación delictiva de la persona física se debe a un defecto de organización o a una gestión empresarial criminógena de la empresa o asociación que se mantiene o que se puede repetir después de la comisión del hecho delictivo por parte de la persona física. En ese momento se muestra necesaria la adopción de una medida preventiva para que no se vuelvan a repetir hechos de esas características”¹⁷³. Ahora bien, esta gran conexión entre el objeto material del delito de lavado y el comiso no justifica concluir que el objeto material

¹⁶⁹ En relación al comiso, GRACIA MARTÍN, Luis y otros. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, cit., p. 394. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general., cit., p. 749.

¹⁷⁰ GRACIA MARTÍN, Luis y otros. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, cit., p. 394. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general., cit., p. 747, texto entre paréntesis añadido.

¹⁷¹ CARO CORIA, Dino Carlos. “Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano”. En: Guzmán Dálbora, José Luis. El penalista liberal. Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires, Hammurabi 2004, p. 1022ss.

¹⁷² Fundamentos Jurídicos 11° y 15° B.

¹⁷³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?”. En: RPCP N° 9, p. 283.

equivale a un bien decomisable, con ello se dejaría de lado tanto la perspectiva teleológica ya expuesta, como la extensa regulación que permite configurar sistemáticamente la noción de riesgo permitido conforme a la imputación objetiva y que, conforme se ha visto, trasciende el ámbito del decomiso que en tal contexto sólo puede aceptarse como un criterio más, acaso auxiliar o incluso irrelevante en determinados casos, por ejemplo se puede decomisar los instrumentos del delito conforme al art. 102 del CP, pero estos no conforman el objeto material del tipo de lavado.

En esta perspectiva, el recurso a la imputación objetiva para la concreción de la peligrosidad del objeto material del delito de lavado, implica dejar de lado las no poco comunes soluciones subjetivas, consistentes en bloquear la punición cuando es difícil o imposible probar el dolo del agente más allá de toda duda razonable¹⁷⁴, éstas son insatisfactorias porque no contemplan la exclusión de grupos de conductas en las que el sujeto por ejemplo conoce de modo actual o potencial el origen ilícito del bien, pero sencillamente no tiene el deber de evitar la conducta de traficar con dichos bienes. En el estado actual de la teoría del delito no sólo el dolo es un filtro de la tipicidad, sino y antes que él, el tipo objetivo, de modo que es dogmáticamente incorrecto resolver casos con el filtro subjetivo cuando éstos ni siquiera implican la realización de una conducta no permitida¹⁷⁵. La jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Sala Penal Nacional sigue este derrotero, la Sala Penal Permanente ha establecido por ejemplo que la canalización de una transacción a través del circuito financiero formal elimina la presunción respecto del origen ilícito de los fondos¹⁷⁶, si el dinero proviene del propio canal financiero entonces dichos activos, y el cliente en particular, han tenido que ser sometidos a las reglas de prevención por parte del o los sujetos obligados del sector financiero que han servido de canal previo para su incorporación en dicho mercado. Aunque el imputado desde el punto de vista fáctico o natural haya podido sospechar del origen ilegal, ello es irrelevante porque conforme a la imputación objetiva ha actuado bajo el principio de confianza, no ha realizado una conducta no permitida al operar con activos provenientes del propio circuito financiero y cuyo tránsito a través del mismo, en caso los bienes tuvieran origen ilegal, debió ser bloqueado y reportado oportunamente por el operador financiero competente. La Sala Penal Nacional es más explícita en la tesis de que el circuito financiero es un medio de descontaminación del objeto material, en el caso Duany Pazos señaló que *“es de tenerse en cuenta que la transferencia de las acciones se sustentó en el pago de cheques de gerencia de un Banco como el Atlantic Security Bank, que como es parte del sistema financiero formal estaba en la obligación de realizar los controles por transacciones sospechosas,*

¹⁷⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. El delito de blanqueo de capitales. Madrid, Colex 1998, pp. 300 y 390. CÓRDOBA RODA, Juan y Mercedes GARCÍA ARÁN. Comentarios al Código Penal. Parte especial. T. I. Madrid-Barcelona, Marcial Pons 2004, pp. 1155-1156.

¹⁷⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”. En: Estudios de Derecho penal. Lima, Palestra-C&A 2010, p. 148.

¹⁷⁶ Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de 26.5.04, Recurso de Nulidad N° 2202-2003/Callao, considerando 8º y 9º, en: SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema. Lima, Palestra 2007, pp. 549-550.

debiéndose estimar que la entrega de cheques por parte de quien había contratado sus servicios profesionales generaba confianza sobre su licitud (principio de confianza)”¹⁷⁷.

La capacidad de rendimiento de la imputación objetiva para la delimitación del objeto material del delito en general¹⁷⁸, también puede apreciarse frente a los casos de lavado de activos enunciados por la literatura de la parte especial. Los casos de despenalización y de prescripción del delito previo suponen un cambio del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser “*peligroso*” a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal¹⁷⁹. En el llamado supuesto de “*adquisición de buena fe*” -el órgano recaudador del tributo (la SUNAT) cobra el impuesto que el lavador paga por la renta de un negocio inexistente con dinero de origen ilegal-, la descontaminación del bien no se debe a la ausencia de dolo sino a la realización de una conducta neutral o habitual en el marco de la prohibición de regreso.

Si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de éstos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva *ex-ante*, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje, quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonios sólo en sentido fáctico pero no los arriesga en conjunto, en ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa. Pero si el lavador compra acciones con dinero de origen legal e ilegal entonces el acto de inversión ha subordinado todo el dinero, la colocación se extiende al dinero limpio porque éste ha sido consolidado con el sucio en un nuevo negocio. La comparación con los juegos de azar es ilustrativa, quien apuesta grandes sumas de dinero con la expectativa de enriquecerse lícitamente puede ganar o perder su patrimonio si no acierta en la apuesta, y quien lava bienes –de origen mixto: legal e ilegal- con la expectativa de defraudar el sistema antilavado de activos, igualmente puede “*ganar*” si logra hacerlo sin ser descubierto o perderlo todo porque *ex ante* lo arriesgó en conjunto pese a esa posibilidad. Conforme a este razonamiento, en los casos de transmisiones parciales de un bien parcialmente proveniente de un delito previo -el lavador compra un inmueble y paga el 30% del precio con dinero de origen

¹⁷⁷ Del mismo modo, el Auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09, Expediente N° 945-08-C, caso Juan Duany Pazos y otros, fundamento séptimo.

¹⁷⁸ Vid. por ejemplo, PASTOR MUÑOZ, Nuria. Los delitos de posesión y de estatus: una aproximación político criminal y dogmática. Barcelona, Atelier 2005, pp. 33ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de acción”. En: Estudios de Derecho penal. Lima, Grijley 2000, pp. 180ss. CARO CORIA, Dino Carlos. “El delito de enriquecimiento ilícito”. En: San Martín Castro, César, Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Lima, Jurista Editores 2002, pp. 216-220.

¹⁷⁹ MEINI MÉNDEZ, Iván. “Sobre la prescripción de la acción penal”. En: Imputación y responsabilidad penal. Lima, Ara Editores 2009, pp. 281, 291.

ilegal y el saldo con dinero limpio, luego vende a otro el 60% del bien-, la fusión entre los bienes de origen legal e ilegal justifica el tratamiento de toda la masa o parte de ella como de origen ilegal.

La misma regla debe aplicarse al tratamiento de los beneficios ordinarios y extraordinarios producidos por el bien de origen ilícito, los primeros -las ganancias, los intereses, las rentas, los frutos del bien- forman parte del resultado esperado y perseguido por la conducta, de modo que se integran -se contaminan- al patrimonio ilícito, a diferencia de los beneficios extraordinarios -ganar la lotería!- donde el resultado es obra absoluta del azar o de la casualidad y no es, por ende, objetivamente imputable a una conducta que, desde una perspectiva *ex-ante*, ni siquiera puede entenderse como el inicio o la continuación de un proceso orientado a ocultar el origen ilegal de un bien. Llevada esta concepción al terreno de la transformación de bienes de origen ilícito por el trabajo o la obra de un tercero -el terreno de origen ilegal es edificado con el aporte de fuente lícita, el oro producto de la minería ilegal que es altamente refinado mediante un proceso técnico-, y descontando los supuestos de “buena fe” o conductas neutras como se ha señalado antes, estos casos de mezcla corresponden a actos que subordinan o contaminan ese mayor valor de origen lícito con el bien de fuente ilícita.

Y finalmente en relación a los casos problemáticos para la literatura de la parte especial, pocas dudas cabe albergar en torno a los supuestos de devaluación -el inmueble que pierde valor tras un terremoto o el sometimiento a un proceso judicial de reivindicación con inscripción de la demanda- y revalorización -las acciones de empresas mineras que ganan valor por la extraordinaria subida del precio de los metales- del bien de origen ilícito, se trata de procesos esperados desde una perspectiva *ex-ante*, por ordinarios o extraordinarios que puedan ser. La regla social no varía, así como nadie discutiría si el menor o el mayor valor siguen correspondiendo al mismo bien si éste hubiera sido adquirido con fuentes lícitas, tampoco cabe hacerlo cuando la fuente fue ilícita.

IV. EL TIPO SUBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

La faz subjetiva en las primeras versiones del tipo de lavado, entonces limitado a los bienes procedentes del tráfico de drogas, en el contexto del art. 296-A del Código Penal -y sus diversas reformas- que tipificaba el delito de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes, vino marcada por la expresión “*siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*”, que tuvo como fuente el art. 25 de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89 que definía el tipo subjetivo de lavado con la misma fórmula: “*siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*”. La doctrina nacional interpretó estas elocuciones como referencias al dolo directo (hubiese conocido) y al dolo eventual (hubiera sospechado), respectivamente, y señaló que el tipo no exigía la presencia de un ánimo de lucro a diferencia del delito de

receptación¹⁸⁰. En cuanto al tipo del art. 296-B – y sus modificaciones- de conversión o transferencia de bienes a través del sistema financiero, pese a no usarse la citada elocución también se consideró que recogía tanto el dolo directo como el eventual, aunque en el caso de repatriación se interpretó que era necesario un elemento subjetivo especial diferente del dolo, definido con la expresión “*de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos*”¹⁸¹, interpretación discutible porque no parecía definir una intención sino el resultado que debía alcanzar el autor.

Durante el corto periodo de vigencia de la Ley N° 25404, entre febrero y abril de 1992, el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del terrorismo era una modalidad agravada (art. 195.2 del CP) del delito de receptación del art. 194, de modo que el tipo subjetivo del lavado era el mismo de la receptación, definido con la expresión “*bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito*”, y que ha sido interpretado doctrinal y jurisprudencialmente como referencias al dolo directo y al dolo eventual¹⁸², manteniéndose con ello la comprensión también mayoritaria de la frase “*debía presumir que provenía de un delito*” del tipo de encubrimiento del art. 243 del Código penal de 1924, a su vez inspirado en el art. 125 del Proyecto suizo de 1918¹⁸³. La actualidad de estos antecedentes no puede ser mayor porque los actuales delitos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106, vuelven sobre estas mismas expresiones al referirse a los bienes “*cuyo origen ilícito conoce o debía presumir*”.

Son dos las construcciones subjetivas que se conocieron bajo la vigencia de la Ley N° 27765, aunque de modo constante se recurrió a la fórmula “*cuyo origen ilícito conoce o puede presumir*” en los tipos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), fórmula que ratificaba el art. 6¹⁸⁴, sólo el texto original de la ley incorporó un elemento subjetivo diferente del dolo que definía el delito como uno de tendencia interna trascendente, ello mediante la frase “*con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación y decomiso*”. Esta construcción tuvo como

¹⁸⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú, cit., p. 69.

¹⁸¹ Ibid., p. 75.

¹⁸² PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Parte Especial. T. II-A. Lima, Ediciones Jurídicas 1995, pp. 259-261. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y otros. Código penal. T. III. Lima, Ediciones Jurídicas s/f, pp. 1276-1277. BRAMONT-ARIAS TÓRRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de Derecho penal. Parte especial. 3ª ed. Lima, San Marcos 1997, p. 344. En la doctrina nacional, solo SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio, cit., p. 267-268, defiende que la receptación culpable está prevista bajo la fórmula “*debía presumir que provenía de un delito*”, aunque acepta que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en general interpretan que solo hay espacio para la punición dolosa.

¹⁸³ ROY FREYRE, Luis E. Derecho penal peruano. T. III. Parte especial. Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales 1983, pp. 143-144, 146. Sin embargo, PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Vol. III. Parte especial. Lima, Sagitario 1986, pp. 274-275, interpretó que el tipo de receptación sancionaba tanto el dolo eventual como la culpa con representación.

¹⁸⁴ “*El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente*” (pf. 1), y “*El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente*” (pf. 2).

fueron inmediatas el ya referido “Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos”, de la Comisión Encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS que contemplaba además como intención alternativa la de evitar el “descubrimiento” de los bienes, la cual fue inexplicablemente eliminada¹⁸⁵. Según la exposición de motivos del Anteproyecto, *“El tipo subjetivo es estructurado, como en el delito patrimonial de receptación, considerando el conocimiento directo o eventual del agente respecto al objeto que transfería o convertía. Sobre la base de las circunstancias en que se adquiere, posee u oculta el bien, el agente sabía o podía conocer el origen irregular del mismo. La finalidad del agente en cualquier circunstancia es evitar el descubrimiento – ubicación física del bien; la identificación de su origen – establecimiento del nexo causal de la procedencia real del mismo; la adopción de una medida cautelar – incautación- o de una consecuencia accesoria – decomiso-”*¹⁸⁶. De esta manera, el tipo de lavado se estructuraba como un delito de peligro¹⁸⁷ abstracto¹⁸⁸, el dolo del lavador debía abarcar tan solo el conocimiento de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen delictivo, al cual debía sumarse esa especial intención *“de asegurar la ganancia ilícitamente generada”*¹⁸⁹ para completar la tipicidad subjetiva.

El artículo único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07 reformó los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, convirtiendo este elemento subjetivo, la especial intención, en el resultado típico¹⁹⁰, elevando con ello la carga de la prueba para la persecución de estos delitos. Se pasó a exigir, ya en el plano del tipo objetivo, que el autor realice actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen ilícito y que logre con ello un resultado: dificultar (*“y dificulta”*) la identificación del origen, la incautación o el decomiso de esos bienes. Y todo ello, la conducta y el resultado, debía ser abarcado por el dolo, la tipicidad subjetiva no demandaba la concurrencia de otros elementos subjetivos¹⁹¹.

La vertiente subjetiva de los actuales tipos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 es el fruto de esta evolución. Se ha retornado en esencia a la construcción original de la Ley N° 27765, por una parte se incorpora el dolo solo en relación a los actos de conversión o transferencia (art. 1), ocultamiento o tenencia (art. 2), y transporte o traslado (art. 3) de los bienes de origen ilícito, recurriéndose para ello a la fórmula del tipo de receptación del art. 194 del CP, el agente ha de conocer (*“conoce”*)

¹⁸⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., pp. 154-155.

¹⁸⁶ Separata Especial del Diario Oficial El Peruano de 17.6.01, cit., p. 5.

¹⁸⁷ Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁸⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., p. 512.

¹⁸⁹ Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁹⁰ Fundamento Jurídico 15º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁹¹ Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

o “*debía presumir*” ese origen ilícito de los bienes¹⁹². Y de otra parte, se reinstaura la especial intención del autor, “*la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*”, lo que convierte nuevamente al lavado de activos en un tipo de peligro abstracto e incongruente por exceso subjetivo, en un delito de tendencia interna trascendente de resultado cortado¹⁹³. De esta manera, para efectos del tipo subjetivo se zanja la diferencia entre la receptación y el lavado según concurra o no esa especial intención, o dicho de otra manera, el ánimo de lucro es el elemento subjetivo especial de la receptación, mientras que en el lavado de activos la finalidad especial es impedir la identificación del origen, la incautación o el decomiso del bien, el blanqueo de capitales no precisa del llamado *animus lucrandi*¹⁹⁴.

Ahora bien, en cuanto al dolo el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 señala que el “*sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintas actos y modalidades de lavado de activos de manera conciente y voluntaria*” (sic)¹⁹⁵, lo que conllevaría a asumir una concepción voluntarista del dolo que debe ser rechazada por las razones generales que he expuesto en otras ocasiones¹⁹⁶ y que, específicamente en el caso del lavado de activos, no ha sido acogida al menos por una parte de la literatura nacional que concreta el dolo del lavado únicamente en el conocimiento directo o eventual del origen ilícito de los activos y de los actos subsecuentes de conversión, transferencia, etc., sin referencia alguna a una voluntad que ya resulta típicamente irrelevante. Así, bajo la legislación anterior se ha señalado que “*La norma no sólo exige como elemento subjetivo configurador del delito el dolo directo, o conocimiento seguro del origen ilícito de los activos, sino también admite la posibilidad de generar responsabilidad penal a partir del denominado dolo eventual que está presente en el supuesto de poder presumir el origen ilícito del activo. Con el dolo eventual (...) basta con que tenga la probabilidad de saberlo, o lo hubiera podido presumir*”¹⁹⁷, esto es, “*el conocimiento*

¹⁹² El art. 10 del D. Leg. N° 1106 utiliza las mismas elocuciones: “*El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente*” (pf. 2 *ab initio*), “*El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente*” (pf. 2 *in fine*).

¹⁹³ HINOSTROZA PARIACHI, César. El delito de lavado de activos. Delito fuente. Lima, Grijley 2009, p. 128. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 343-344. Por su parte, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Criminalidad empresarial. Lima, Gaceta Jurídica 2012, p. 212, considera más bien que estamos ante un delito mutilado de dos actos.

¹⁹⁴ Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 27°. Este Fundamento, al igual que otras partes relativas al tipo subjetivo (§ 3 del Acuerdo), ha sido redactado mediante la reproducción casi literal, aunque sin cita o referencia específica, de los aportes de PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., pp. 152ss., autor que a la vez fue el ponente del Acuerdo Plenario, como se lee el Antecedente 6°. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”, cit., p. 527, también excluye el ánimo de lucro del tipo subjetivo de lavado.

¹⁹⁵ Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 17°.

¹⁹⁶ CARO CORIA, Dino Carlos. “El delito de enriquecimiento ilícito”, cit., pp. 221ss. “Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal”. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 3/2002, pp. 159-160.

¹⁹⁷ CARO JOHN, José Antonio. “Consideraciones sobre el «delito fuente» del lavado de activos y su incidencia para determinación del «riesgo reputacional» de una institución financiera”, cit., p. 157.

*sobre el delito previo del que provienen los activos no tiene que ser siempre cierto, sino que resultará suficiente la probabilidad sobre dicha procedencia*¹⁹⁸.

Sobre el grado de conocimiento, es suficiente saber que los activos derivan de un hecho delictivo grave¹⁹⁹. El Acuerdo Plenario establece que no se exige del autor conocer qué tipo de delito previo generó los bienes, ni cuando se cometió dicho delito, y menos quiénes intervinieron en su ejecución, tampoco se demanda conocer la situación procesal del delito fuente o de sus autores o partícipes, y en el caso específico de las conductas de ocultamiento o tenencia no es necesario conocer de las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni saber quiénes participaron en ellas²⁰⁰. Antes bien, se ha defendido que, en tanto el tipo excluye como delito fuente la receptación, el autor debe al menos conocer que el bien no proviene de dicha infracción²⁰¹, apreciación que no puede estimarse correcta si se entiende que tal exclusión es una simple condición objetiva de punibilidad que, en consecuencia, no necesita ser abarcada por el dolo.

Como ya se puso de relieve, el término *“puede presumir”* de la Ley N° 27765 que en general se ha considerado como inclusivo del dolo eventual, no ha sido reproducido por el D. Leg. N° 1106 que introduce la expresión *“debía presumir”* del tipo de receptación del art. 194 del CP, lo que se viene entendiendo como una ampliación por parte del legislador de los deberes de conocimiento en torno al origen ilícito del bien con el que se trafica. Esto es, *“el término “debía presumir”, en lugar del “puede presumir” (...), expresa una mayor exigencia (...), la norma en vigencia le otorga un deber de presunción en el entendido que, en una valoración paralela en la esfera del profano, es perfectamente factible sospechar la ilicitud de la procedencia de los bienes en cuestión”*²⁰². Así, se afirma que *“se convierte en una exigencia para el ciudadano, pues en una investigación o proceso no se analizará si él podía presumir, esto es, que hubiera contado con algunos datos que le hubieran permitido suponer que el dinero, efectos, bienes y ganancias tenían proveniencia ilícita, sino –sólo- si debía presumirlo. Esto obliga a la ciudadanía a tener un deber de cuidado en relación con activos de dudosa procedencia”*²⁰³.

Dado que luego volveremos sobre esta discusión, es relevante tener en cuenta que pese al menor sentido constrictivo de la fórmula *“puede presumir”* usada en la legislación anterior, la doctrina nacional ha debatido si ésta cubría los supuestos de

¹⁹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., p. 506.

¹⁹⁹ Ibid., p. 506.

²⁰⁰ Fundamento Jurídico 18º.

²⁰¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 98-99, y nota 124. En contra, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 153.

²⁰² HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. “Comentarios sobre la regulación sustantiva del delito de lavado de activos: a propósito del Decreto Legislativo N° 1106”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 35, mayo 2012, p. 82.

²⁰³ SALAS BETETA, Christian. “El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106”, cit., p. 23.

culpa²⁰⁴, indiferencia²⁰⁵ e “ignorancia deliberada”²⁰⁶. Sobre el primero, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia niegan de modo rotundo la punición del lavado de activos por imprudencia, porque el art. 12 pf. 2 del Código Penal establece un sistema de *numerus clausus* en materia de delitos culposos y la expresión “*puede presumir*”, semejante a la prevista en el tipo de receptación del art. 194 del Código actual y del encubrimiento del art. 243 del Código de 1924, ha sido en general interpretada sin incluir la culpa, de modo que “*por tradición interpretativa doctrinaria, legislativa y jurisprudencial no se puede asumir la presencia de un supuesto imprudente de lavado de activos a partir de la fórmula asumida por nuestra legislación*”²⁰⁷. El art. 2 del “Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves” de la CICAD-OEA tipifica el lavado de activos incorporando tres modalidades subjetivas: “*a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional*”, y según las notas 2 y 3 del Reglamento, “*debiendo saber*” se interpreta “*como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico*”, mientras que la “*ignorancia intencional*” se interpreta “*como dolo eventual*”. A partir de este precepto de *soft law*, se ha querido defender que la fórmula “*puede presumir*” del Derecho nacional no puede equipararse a la culpa que, en todo caso, debiera ser prevista con la elocución “*debiendo saber*”²⁰⁸, conclusión que a mi juicio no puede aceptarse por algo evidente, la nota explicativa N° 2 del Reglamento de la CICAD-OEA no establece que el único modo de tipificar la culpa es con dicha expresión puesto que cada Estado podrá hacerlo conforme a sus propias reglas y tradición jurídica. En efecto, la asimilación entre “*debiendo saber*” y culpa tiene sentido bajo determinada concepción de negligencia del sistema anglosajón, concretamente la del § 2.02(2)(d) del *Model Penal Code americano*²⁰⁹, que presupone la realización de una conducta y una “*no percepción del riesgo*”, el sujeto “*debía*

²⁰⁴ A favor de esta interpretación minoritaria, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., p. 507, quien considera que “*podría tratarse de un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso*”, culpa grave que no ha terminado de definir (Vid. Derecho penal económico. Parte general. T. I. 2ª ed. Lima, Grijley 2007, pp. 567-568). Admite en general la culpa en el delito de lavado de activos, FRISANCHO APARICIO, Manuel. Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos. Lima, Jurista Editores 2003, pp. 296-297, 307.

²⁰⁵ Así, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., pp. 507-508.

²⁰⁶ En esa línea, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 101-102.

²⁰⁷ Ibid., pp. 105-106.

²⁰⁸ Así, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 154, y el Fundamento Jurídico 19º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

²⁰⁹ “§ 2.02. General Requirements of Culpability (...)

(2) Kinds of Culpability Defined (...)

(d) Negligently.

A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation (...).

conocer el riesgo sustancial e injustificable (lo que implica que no lo conocía)”²¹⁰. En el sistema inglés, la negligencia se concibe de modo similar, aunque no exactamente igual, “Una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo”²¹¹, estándar de valoración que, como puede deducirse, demanda un “deber saber” o “deber conocer” sobre dicho riesgo. Sin embargo, desde la perspectiva eurocontinental que inspira nuestro sistema jurídico-penal, la elocución “debiendo saber” no puede interpretarse como una característica privativa del comportamiento culposo, la normativización del tipo subjetivo conlleva que múltiples formas de imputación subjetiva, desde la culpa inconciente hasta el dolo eventual e incluso el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, pudiera fundarse, entre otras condiciones, en la defraudación de un deber de saber o un deber de conocer.

La no punición de la imprudencia en el marco de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 obedece a razones sistemáticas, la exigencia de una tipificación expresa de la culpa en un sistema de *numerus clausus* se ve confirmada ahora porque la nueva Ley prevé un único caso de imprudencia, el art. 5 pf. 2 sanciona la omisión culposa de comunicar operaciones o transacciones sospechosas e impone sólo una pena de multa que es sustancialmente menor que las consecuencias señaladas para la omisión dolosa (pf. 1). Ello en concordancia con la menor desvaloración que acarrea la conducta negligente de lavado de activos, como puede verse en regulaciones como la alemana²¹², la española²¹³ o la argentina²¹⁴ que, también bajo un sistema taxativo de la culpa, sancionan de modo específico, pero a la vez atenuado frente al tipo doloso, el blanqueo de capitales cometido por “imprudencia grave” y no por culpa leve, sin aceptarse una equiparación entre el comportamiento doloso y la negligencia grave. Como puede verse en el citado auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09 del caso Duany Pazos, la jurisprudencia no alberga dudas sobre la no punición de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia imprudentes, se considera que “La mera afirmación de que se presume que una persona conozca de las actividades ilícitas relacionadas al lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, no es una conducta típica (...) El sólo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona. Lo que se reprime no es el conocimiento de una operación de lavado, sino de una conversión, transferencia u ocultación de un activo conociendo o presumiendo su origen ilícito. Por último, aseverar que alguien debía conocer el origen ilícito de un bien o dinero, no es más que

²¹⁰ FLETCHER, George. Conceptos básicos de Derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, p. 175.

²¹¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La estructura del la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”. Granada, Comares 2002, p. 102.

²¹² § 261 (5) del StGB, sanciona el lavado de bienes por “imprudencia grave” con una pena por debajo de la mitad que la prevista para el tipo doloso.

²¹³ Art. 301.4 del Código Penal, penaliza la “imprudencia grave” con una sanción privativa de libertad máxima equivalente a un tercio de la estipulaba para el caso de dolo.

²¹⁴ Art. 278.2º del Código Penal, también criminaliza el lavado por “temeridad o imprudencia grave” y solo con pena de multa.

*la expresión de un proceder culposo, el mismo que en nuestra legislación de lavado de activos no es típico*²¹⁵.

Finalmente en cuanto al tipo subjetivo, la “indiferencia”, la “ceguera”, la “ignorancia deliberada o intencional” o “willful blindness” del sistema anglosajón²¹⁶, que para un sector de la doctrina nacional ya tenían asidero bajo el rótulo “puede presumir” de la Ley N° 27765, pese a la ausencia de una equivalencia material entre estas categorías dogmáticas incluso entre quienes defienden, como aquí, que son compatibles con una concepción cognitiva de dolo, deben aceptarse como manifestaciones subjetivas que también pueden calzar con la expresión “debía presumir” del D. Leg. N° 1106. Esta fórmula parece encerrar una contradicción manifiesta entre un precepto normativo y un requerimiento ontológico, se parte del dato nomológico de que el sujeto tiene un deber, pero el objeto del deber no se expresa en un requerimiento objetivo como el conocimiento (“deber de conocer”) o la información (“deber de informarse”), sino en una circunstancia psicológica, contingente y natural: una presunción, es decir la representación hipotética o “sospecha fundada” del origen ilícito del bien que se lava²¹⁷. Así, el amplio margen de posibilidades que el marco literal de la ley dispensa, con exclusión de la culpa por las razones ya expuestas, otorga cabida a la “ignorancia intencional” recogida en el art. 2 del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA y que según la nota 3 del mismo se interpreta “como dolo eventual”, y que corresponde al sujeto “que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia respecto de ellas”²¹⁸. La indiferencia o ceguera también encuentra espacio en el amplio abanico de la cita legal “puede presumir”, hay indiferencia y ésta se entiende como dolo respecto a la realización del tipo si el agente, “de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquéllos en los que ponen en juego sus intereses. Estos intereses por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses”²¹⁹.

La punición de todos estos casos como conductas dolosas es razonable porque el déficit de representación derivada de la ignorancia, la ceguera o la indiferencia, se ve

²¹⁵ Cit., Fundamento Noveno.

²¹⁶ AMBOS, Kai. La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática. Montevideo, KAS 2005, pp. 331-332, con referencia al § 2.02 (7) del *Model Penal Code*, según el cual: “Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist”.

²¹⁷ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 99.

²¹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. La ignorancia deliberada en Derecho penal. Barcelona, Atelier 2007, p. 158. Le sigue, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 101-102.

²¹⁹ JAKOBS, Günther. “Indiferencia como dolo indirecto”. En: Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid, Tirant lo Blanch 2004, p. 355. Le sigue, CARO JOHN, José Antonio. “Imputación subjetiva y conocimientos especiales”. En: Normativismo e imputación jurídico penal. Estudios de derecho penal funcionalista. Lima, Ara Editores 2010, pp. 178-179, quien interpreta consecuentemente que en el dolo eventual el autor se representa como probable un resultado, pero producto de su indiferencia llega a realizarlo. También asume la perspectiva de Jakobs, GARCÍA CAVERO. Derecho penal económico, T I, cit., p. 517, TII, cit., p. 508.

ciertamente compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo²²⁰, motivación que en términos del D. Leg. N° 1106 debe cifrarse en la violación deliberada o la huída de ese deber de representación. Pero sí como ha señalado la Sentencia 1034/2005 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español de 14.9.05, *“existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas”*²²¹, o si se quiere ser más estricto o radical, parece estarse construyendo *“un mandato general de sospechar, indagar, conocer, tener especial diligencia, etc., cuando se trata de entablar contactos sociales que tengan por objeto bienes, ganancias o capitales”*²²², entonces la imposición de límites es fundamental porque así lo demanda el principio de certeza. Esta tarea tiene como punto de partida la extensa regulación administrativa que configura el Sistema de Prevención del Lavado de Activos, del cual emanan deberes específicos para los diversos sujetos obligados expuestos al riesgo de efectuar transacciones, incluso anónimas, con potenciales lavadores de activos.

Lavadodinero.com

²²⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”. En: InDret N° 3/2012, p. 9.

²²¹ Fundamento de Derecho Cuarto.

²²² ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 342, de modo crítico.