

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA LLAMADA «AUTONOMÍA» DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Raúl Pariona Arana

Sumilla: I. Preliminares. II. Origen y estructura. III. La autonomía procesal del delito de lavado de activos. IV. La tesis de la autonomía sustantiva. V. Concepción personal: la imposibilidad de una autonomía sustantiva. A. Fundamento político-criminal. B. Fundamento lógico-jurídico. C. Fundamento de base en la estructura típica. D. Autonomía y consideraciones probatorias. E. Autonomía sustantiva y principio de legalidad. F. Autonomía sustantiva y el derecho a la prueba, derecho de defensa y presunción de inocencia. VI. Consideración final.

I. PRELIMINARES

En los últimos años se discute en nuestro país sobre la viabilidad de una «autonomía» del delito de lavado de activos que legitime una sanción penal sin la necesidad de probar el «origen ilícito» de los bienes objeto del delito. La discusión ha sido avivada con la dación del DLeg. 1106, donde algunos han creído encontrar el respaldo legal a su propuesta. Sin embargo, como se desprende expresamente del texto legal del citado decreto, la norma peruana no regula una autonomía «sustantiva»,

sino únicamente una autonomía «procesal»; por lo que, para condenar legítimamente a una persona como autor del delito de lavado de activos, se requiere necesariamente probar el «origen ilícito» de los bienes objeto del delito, lo cual únicamente puede hacerse probando el delito previo que originó el bien ilícito, esto siempre en el marco de un proceso judicial y mediante prueba —directa o indiciaria— suficiente.

La doctrina peruana, basada en la claridad de la norma, ha reconocido que nuestra ley solo regula una autonomía procesal. Debido a esta clara opción político-criminal de nuestra norma, los defensores de la autonomía, reconociendo el sentido de la voluntad de nuestro legislador, proponen más bien una reforma legislativa orientada a posibilitar, hacia el futuro, una autonomía sustantiva.

El presente trabajo tiene por objeto presentar el desarrollo de la discusión respecto a la autonomía del delito de lavado de activos y sustentar las razones por las cuales nuestro ordenamiento no ampara una autonomía sustantiva, que estructuralmente no es posible que el tipo de lavado de activos se desligue del delito precedente que originó los bienes ilícitos, y que la tesis de la autonomía sustantiva, aun si esta se introdujera mediante una reforma legislativa, tendría serios cuestionamientos de constitucionalidad.

II. ORIGEN Y ESTRUCTURA

El delito de lavado de activos es de reciente data no solo en el Perú, sino también en el concierto internacional. Su corta historia legislativa se remonta básicamente a la Convención de Viena de 1988¹. Por ello, se señala que el delito de lavado de activos no es un delito clásico, sino un delito artificial e instrumental, cuya creación obedeció al aseguramiento de una lucha eficaz contra el delito de tráfico ilícito de drogas, como expresión del crimen organizado².

Si bien el delito de lavado de activos conserva una estructura propia, con elementos objetivos y subjetivos propios que lo distinguen de otros delitos, desde su origen, este delito siempre ha sido un tipo penal cuya estructura típica hace referencia a un «delito previo» que origina los bienes ilícitos³, que justamente

-
- 1 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas —Convención de Viena— aprobada por la conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988, en Neue Hofburg (Viena). En América Latina, se firmó la Convención Interamericana Contra la Corrupción y el Blanqueo de Capitales, el 29 de marzo de 1996.
 - 2 Prado Saldarriaga, 2013, p. 33 y ss. Asimismo, la criminalidad organizada fue abordada internacionalmente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en diciembre del año 2000, en Palermo (Italia).
 - 3 Blanco Cordero ha señalado que «ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del lavado y un delito previo. Si no está presente ese nexo o unión o si se rompe por

son objeto del delito de lavado de activos. En efecto, como bien señala la Corte Suprema en su famoso acuerdo plenario 3-2010/CJ-116, «el delito fuente, [...], es un elemento objetivo del tipo legal —como tal debe ser abarcado por el dolo— y su prueba condición asimismo de tipicidad»⁴. Por ello, la conceptualización generalizada del delito refiere que el delito de lavado de activos consiste en la acción de integrar en el sistema económico legal bienes de origen delictivo, es decir, el delito consiste en legalizar los bienes que se han obtenido producto de la comisión de un delito previo⁵.

En nuestro país, el delito de lavado de activos está regulado en el DLeg. 1106 —denominado «Decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado»⁶— que tipifica el delito justamente como la acción de convertir, transferir, adquirir, utilizar, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar, tener, transportar o trasladar dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir el autor, y cuya acción debe haberse realizado con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso (artículos 1, 2 y 3).

Como se puede observar, en la vigente ley penal peruana la estructura típica del delito de lavado de activos hace referencia a un delito que justamente es el que originó los bienes que son objeto del delito de lavado de activos. La ley peruana señala que los bienes que son objeto de la acción típica son de «origen ilícito». Ello supone que estos bienes se han originado como consecuencias de la comisión de un delito distinto al concreto delito de lavado de activos, cuya configuración se analiza. Por ello, en la doctrina⁷ y en la jurisprudencia⁸ se suele señalar que la estructura típica del delito de lavado presupone un «delito fuente». En concreto,

alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de lavado de activos. Cuando existe dicha conexión se dice que los bienes están *contaminados* o *manchados*» (2014, p. 122).

4 Corte Suprema de Justicia de la República, acuerdo plenario 3-2010/CJ.116, del 16 de noviembre de 2010, fundamento 32.

5 Bajo Fernández (2009, p. 13) señala que el delito de blanqueo de dinero es una «estratagema» mediante la cual se busca dar legitimidad a bienes de origen delictivo. En la doctrina nacional, para Prado Saldarriaga (2013, p. 101), el lavado de activos es una «operación comercial o financiera» destinada a introducir en el tráfico formal bienes provenientes de actividades criminales.

6 Decreto promulgado el 19 de abril de 2012.

7 En la doctrina nacional, conciben al «delito previo» como elemento objetivo del tipo penal: García Cavero, 2007a, p. 504 y ss.; Castillo Alva, 2009, p. 340; Caro Coria, 2013, p. 72 y ss.; Hinostrza Pariachi, 2010, p. 142. Para Gálvez Villegas (2009, p. 90 y ss.), el delito previo es parte de la estructura objetiva del tipo penal y, por ende, objeto de prueba; sin embargo, en la nueva edición de su libro *El delito de lavado de activos* (Instituto Pacífico, 2014), cambia de postura y se inclina por una autonomía sustantiva.

8 Fundamento 33 y ss. del acuerdo plenario 03-2010.

la norma penal peruana exige como elemento del tipo objetivo que los bienes que el autor blanquee sean de origen delictivo; por lo que, para la configuración del delito, en un caso concreto, se requerirá probar fehacientemente (por lo general mediante prueba indiciaria⁹) que los bienes tienen su origen en un delito previo concreto.

III. LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Dada la configuración típica del delito de lavado de activos (técnica legislativa empleada), el primer problema que surgió fue la legitimación de las investigaciones en aquellos casos donde no se tenía certeza sobre el origen ilícito de los bienes. Se cuestionaba la legitimidad de las investigaciones en aquellos casos donde no se había acreditado judicialmente que los bienes presuntamente ilícitos efectivamente lo eran. Del mismo modo, se cuestionaba que en muchos casos no existían siquiera investigaciones fiscales o procesos judiciales abiertos donde se investigaran los presuntos delitos que habrían originado los bienes objeto del delito de lavado de activos¹⁰.

Dado que esta situación amenazaba con obstaculizar las investigaciones por lavado de activos, en la doctrina fue ganando terreno la idea de que el delito de lavado de activos debía ser considerado como un delito «procesalmente» autónomo; es decir, se debía permitir que el Estado investigue los casos de lavado, sin el obstáculo que supone, en esta etapa, probar *ex ante* el origen ilícito de los bienes objeto del delito¹¹.

El objetivo de las últimas reformas legislativas en nuestro país fue justamente solucionar este problema implementando en nuestra legislación una «autonomía procesal» del delito de lavado de activos. En virtud de esta autonomía, el Ministerio Público, órgano titular de la acción penal, tendría la facultad de iniciar una investigación por el delito de lavado de activos sin el requerimiento previo de que se constate fehacientemente que los bienes, dinero, efectos o ganancias, objeto del lavado, son de origen ilícito. Es decir, no es necesario que el delito fuente haya sido investigado o sancionado, lo importante es que la fiscalía cuente con indicios que permitan afirmar la conexión entre el objeto del lavado y el origen ilícito del mismo¹².

9 Caro Coria & Asmat Coello, 2013, p. 115 y ss.

10 Páucar Chappa, 2013a, p. 60 y ss.

11 Gálvez Villegas, 2014, p. 85.

12 Fundamento 33 y ss. del acuerdo plenario 3-2010, donde se establece que «la prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado será normalmente la prueba indiciaria [...]».

La norma vigente —artículo 10 del DLeg. 1106— recoge expresamente esta autonomía procesal. En efecto, la norma refiere: «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 judicial» (resaltado nuestro). Como se puede observar, la ley penal es estricta al establecer una autonomía procesal; pues señala que, para su «investigación» y «procesamiento», no se requiere que la «actividad criminal» que produjo el dinero —es decir, el delito fuente— haya sido determinado. La norma no hace referencia alguna a la posibilidad de «sancionar» sin probar el origen delictivo del bien objeto del delito.

El establecimiento de la autonomía procesal a efectos de posibilitar que el Ministerio Público esté legitimado a investigar, sin el obstáculo que supone la obligación previa de determinar el origen ilícito de los bienes objeto del delito, resulta adecuado a los fines de la justicia, puesto que el objeto de la investigación es justamente, recién, la determinación de este y otros elementos típicos. Sin embargo, el Ministerio Público tiene la obligación de informar al ciudadano investigado cuál es el presunto delito que habría originado los bienes objeto del delito de lavado (aun como hipótesis a probar durante la investigación).

Finalmente, sobre el modo como ha regulado este aspecto el mencionado DLeg. 1106, se evidencia claramente que el legislador ha incurrido en un exceso al señalar que para investigar a una persona por lavado de activos no se requiere siquiera que el delito que habría originado los bienes ilícitos haya sido «descubierto». Este extremo de la norma es claramente inconstitucional y, su derogación, un imperativo en *pro* de la justicia.

IV. LA TESIS DE LA AUTONOMÍA SUSTANTIVA

Con el objeto de lograr una lucha cada vez más eficaz contra el delito de lavado de activos, un sector de la doctrina plantea ir mucho más lejos de la ya mencionada autonomía procesal, sosteniendo la necesidad de construir tipos penales que no hagan referencia alguna al origen ilícito de los bienes que son objeto del delito de lavado de activos.

En nuestro país, una propuesta moderada en esta dirección es sostenida por el profesor Prado Saldarriaga¹³, pues plantea la necesidad de dejar de lado el vínculo normativo con el delito previo en el tipo objetivo, pero lo considera aún como elemento del tipo subjetivo. Este autor reconoce, correctamente,

13 Prado Saldarriaga, 2008.

que el ordenamiento jurídico vigente considera al «origen ilícito» de los bienes objeto del delito como elemento del tipo objetivo, como «componente objetivo de la conducta»; por lo tanto, objeto de prueba. Sin embargo, según su opinión, esta regulación contendría un problema: «[...] en lo esencial, el problema mayor se ha materializado en la exigencia probatoria que deriva de vincular los actos de lavado con el producto de un delito concreto. Esto es, la dependencia probatoria de los actos de lavado de la prueba, a su vez, del **delito** del cual proceden los capitales lavados»¹⁴ (resaltado nuestro). Según Prado Saldarriaga, este problema se debería a «la técnica legislativa empleada para tipificar el delito. Efectivamente, ha sido el legislador quien en la redacción de los elementos objetivos del tipo ha “ligado” la procedencia de los bienes lavados con un **delito previo** que los ha generado de modo original o derivado»¹⁵ (resaltado nuestro).

Luego de evidenciar que en el derecho comparado la mayoría de legislaciones regulan el delito haciendo siempre referencia al origen ilícito de los bienes como elemento del tipo objetivo, este autor señala que «en todos estos textos legales no queda duda que procesalmente parte del *thema probandum* es la fuente delictiva del delito. Y no como mero conocimiento, sino como componente objetivo de la conducta»¹⁶.

Prado Saldarriaga ha advertido correctamente que la autonomía del delito de lavado «es ante todo un problema de técnica legislativa y de eficacia procesal. Esto es, está vinculado con la descripción típica que se haga del delito y con las facilidades que tal tipificación ofrezca a la investigación y prueba judicial del hecho punible»¹⁷. Pero además, ha subrayado correctamente la necesidad y obligación de respetar los principios constitucionales en la interpretación de las normas que justamente regulan el delito de lavado de activos, algo que lamentablemente a veces es olvidado. En este sentido, señala que: «Hay que recordar, además, que el Principio de Legalidad penal y la Presunción de Inocencia Procesal no pueden ser soslayados para superar las deficiencias de la tipificación actual»¹⁸.

Justamente por ello y además apelando a la necesidad de eficacia en la lucha contra esta criminalidad, Prado Saldarriaga propone una reforma legislativa orientada a superar aquello que él considera un problema: «[...] no cabe duda que la técnica de tipificación actual debe ser sustituida por otra que no vincule materialmente al bien objeto de acción del delito con una procedencia delictiva

14 *Ibíd.*, p. 4.

15 *Ídem.*

16 *Ibíd.*, p. 5.

17 *Ibíd.*, pp. 5-6.

18 *Ibíd.*, p. 6.

determinada» y «no cabe duda que la construcción de la prueba indiciaria debe referirse al conocimiento de la ilicitud de la procedencia del recurso y no a la procedencia en sí. Esto es, que el agente conozca que *el bien no tiene explicación legal* y no que conozca cual es *la fuente* de esa ilegalidad. Es más fácil ubicar indicios contingentes de lo primero que de lo segundo»¹⁹.

Con el objeto de materializar legalmente su propuesta, Prado Saldarriaga sugiere una nueva estructura típica que debería eliminar de la descripción toda referencia a un «hecho punible» previo y específico, vinculando el origen ilícito de los bienes objeto del delito únicamente con la tipicidad subjetiva; esto es, con el dolo o con elementos subjetivos especiales²⁰. La fórmula legal planteada reza:

- 1) Comete delito penal, la persona que convierta o transfiera bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito.
- 2) Comete delito penal, la persona que adquiera, posea, tenga, utilice o administre bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito.
- 3) Comete delito penal, la persona que oculte o disimule la procedencia de bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de su origen ilícito.
- 4) El conocimiento, la intención o finalidad requeridos como elemento subjetivos de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

La tesis de la autonomía sustantiva también es asumida por Páucar Chappa²¹, quien incluso va mucho más allá que Prado Saldarriaga. Dicho autor sostiene —no a la luz de una norma futura, como lo hace Prado Saldarriaga, sino de *lege lata*— que, para sancionar penalmente a un ciudadano por el delito de lavado de activos, no hay necesidad de identificar (y en consecuencia probar) el delito fuente que dio origen a los bienes ilícitos objeto del delito de lavado.

Si bien inicialmente señala, de manera correcta, que «deberá probarse que el objeto del delito de lavado de activos es de origen ilícito a través de los indicios»; sin embargo, luego refiere que «no se requiere descubrir qué delitos le dieron dicho origen ilícito»²². Él ampara su opinión señalando que la norma hace referencia al «origen ilícito» de los bienes y no a «un delito específico»²³. Pero además, tacha

19 Ídem.

20 Ídem.

21 Páucar Chappa, 2013a, p. 59.

22 *Ibidem*, p. 60.

23 *Ibidem*, p. 62.

de incorrecta la propuesta que sostiene que la falta de identificación o incorrecta individualización del delito fuente vulnera abiertamente el principio de legalidad y, por consiguiente, también afecta el ejercicio del derecho de defensa en las investigaciones²⁴.

V. CONCEPCIÓN PERSONAL:

LA IMPOSIBILIDAD DE UNA AUTONOMÍA SUSTANTIVA

Del análisis de la legislación vigente y del desarrollo histórico que la precedió, queda claro que la ley penal peruana solo ha contemplado una autonomía procesal y no una autonomía sustantiva. En la doctrina, hasta la actualidad, no ha sido posible construir y fundamentar una autonomía sustantiva. Ello se debe a que el núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se emplea para su tipificación, siempre exige un vínculo normativo con el «delito previo» que originó los bienes ilícitos. La pretensión de sustentar la posibilidad de una autonomía sustantiva, como se ha visto de su desarrollo, colisiona gravemente con diversas garantías constitucionales.

A. Fundamento político-criminal

El surgimiento del delito de lavado de activos en el derecho internacional tuvo como marco político-criminal el objetivo de hacer frente a la criminalidad organizada dedicada al «tráfico ilícito de drogas». Efectivamente, la Convención de Viena, que trae consigo el delito de lavado de activos, surge como consecuencia de una crisis en la política internacional antidrogas²⁵. Su creación no solo obedece a la necesidad de sancionar los actos de tráfico ilícito de drogas, sino también las acciones de lavado de dinero proveniente del narcotráfico que posibilitaban el financiamiento de las organizaciones criminales. Posteriormente, como se puede observar en la Convención de Palermo²⁶ y las propias recomendaciones de la GAFI²⁷, la finalidad político-criminal asignada al delito de lavado de activos es ampliada para hacer frente a los delitos más «graves» perpetrados por organizaciones criminales, como el delito de terrorismo, tráfico de armas, trata de personas, corrupción, entre otros. La finalidad político-criminal de la legislación antilavado es pues atacar las fuentes

24 *Ibidem*, p. 60.

25 Prado Saldarriaga, 2013, p. 95.

26 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) de noviembre del 2000 (Palermo, Italia).

27 GAFI 2012 (origen: las 40 recomendaciones del GAFI de 1990, actualizado).

de financiamiento que posibilitan la permanencia, continuidad y promoción de «determinados delitos graves»²⁸.

Como consecuencia y materialización de esta política criminal, la normativa internacional²⁹ y el derecho comparado³⁰ han configurado las normas penales que sancionan el delito de lavado de activos siempre vinculando este delito con las actividades criminales graves que originaron los bienes ilícitos. En efecto, tanto en la legislación europea —España y Alemania³¹ principalmente— como en las legislaciones latinoamericanas —México, Bolivia, Panamá, Argentina, Colombia y demás países—, la tipificación del delito de lavado de activos nunca ha perdido de vista el elemento normativo «delito previo». Esto también ha sucedido en la legislación peruana, donde los diferentes tipos penales que se han sucedido en el tiempo, hasta el actual DLeg. 1106, siempre han previsto el delito previo como elemento del tipo penal del lavado de activos. Ello se evidencia con lo expresamente previsto en el artículo 10 del citado decreto, donde se sanciona la acción de blanqueo de bienes de origen ilícitos que provienen de actividades criminales como la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, delitos tributarios y todos aquellos que generen ganancias ilegales.

En esta línea, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una autonomía sustantiva; pero además sería un despropósito tratar de desvincular la acción de lavado del delito fuente, pues, como ha quedado claro, lo que se pretende con el delito de lavado de activos es combatir determinados tipos de delitos

28 Vogel, 1997, pp. 335 y 350; Lackner & Kühl, 2007, p. 1132.

29 En efecto, desde que se inició la tipificación del delito de lavado de activos —Convención de Viena de 1988— el «delito previo» es considerado un elemento estructural del tipo penal. Véase en la propuesta de tipificación de la Convención de Viena: «Artículo 3, Delitos y sanciones, [...] b) i) la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o de algunos de los delitos tipificados en el inciso a), del presente párrafo», haciendo referencia al delito de tráfico ilícito de drogas. Con tipificación similar, la Convención de Palermo sostiene: «[...] i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito [...]».

30 En la legislación extranjera, el «delito previo» es elemento objetivo del delito de lavado de activos. Así tenemos, en España: «[...] El que, [...], sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva [...]»; en México: «[...] con conocimiento de que procede o representa el producto de una actividad ilícita [...]»; en Argentina: «[...] bienes provenientes de un delito [...]»; en Colombia: «[...] bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito [...]»; y en Panamá: «[...] previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con el soborno internacional, los delitos contra el Derecho de Autor [...]».

31 El § 261 del CP alemán (StGB) tipifica el delito de lavado de activos de la siguiente manera: «[...] quien oculte una cosa que provenga de un hecho antijurídico mencionado en el apartado [...]».

considerados graves para nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, por ejemplo, ¿cómo se podría razonablemente plantear una política de lucha contra la minería ilegal, el tráfico de drogas o la defraudación tributaria si no se sanciona el comportamiento de lavado de activos proveniente de estos delitos, sino de cualquier delito? La mera sanción de un comportamiento de ocultamiento de bienes de «origen ilícito», así de abstracto, sin la referencia de que dichos bienes provienen de «determinados» delitos graves, contraviene la finalidad político-criminal de la legislación antilavado.

B. Fundamento lógico-jurídico

Además de lo ya señalado en relación a la finalidad político-criminal, la imposibilidad e ilegitimidad de la autonomía sustantiva del delito de lavado de activos, se desprende de la lógica jurídica y del propio sentido común. Al sostenerse que para la configuración del delito de lavado basta la determinación de que los bienes son de «origen ilícito» y que no es necesario determinar la «actividad criminal» (delito fuente) que los originó, se incurre en un imposible lógico y, por tanto, en una arbitrariedad.

En efecto, no es lógicamente posible afirmar que determinados bienes son de origen ilícito, si no se determina que provienen de determinado delito. Y la referencia a «determinado delito» supone la indicación de un delito concreto «con nombre y apellido»; es decir, no un delito de manera general o «en abstracto», sino un delito concreto que nuestra legislación contempla, por ejemplo, el delito de minería ilegal, defraudación tributaria, cohecho, entre otros. Conforme a la lógica jurídica, para afirmar que los bienes son de «origen ilícito», hay que probar precisamente que son de origen ilícito; y para probar ello, hay que demostrar que provienen de determinado delito. No es conforme a la lógica afirmar que «los bienes son de origen ilícito porque se ha probado que tienen origen ilícito», sin probar que provienen de determinado delito. Este errado intento de justificación se basa en un razonamiento circular y constituye una *petitio principii*, pues presupone aquello que precisamente debería probar.

C. Fundamento de base en la estructura típica

La proscripción de la autonomía sustantiva del delito de lavado de activos se extrae también de la estructura típica que nuestro legislador ha empleado, no solo en la ley vigente, sino también en las versiones precedentes, para sancionar el comportamiento orientado a lavar el dinero proveniente de la comisión de determinados delitos. En efecto, la estructura del delito de lavado supone un vínculo normativo

con el delito previo que originó los bienes ilícitos³². Como bien ha señalado la Corte Suprema en el acuerdo plenario 3-2010/CJ-116, «el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y en su caso al sistema financiero»³³. Se trata pues del reflejo estructural del contenido del injusto del delito de lavado de activos que está orientado a sancionar la contribución, sostenimiento y promoción de una determinada criminalidad considerada grave por nuestro legislador.

Del texto empleado en el DLeg. 1106 —pero también de la ley 27765 y de las demás normas que la precedieron—, se desprende textualmente que la acción típica descrita en el tipo penal consiste en dar apariencia de legalidad a bienes que provienen de un delito previo. Así, en los artículos 1, 2, 3, 4 y 10 del DLeg. 1106, se señala expresamente que los bienes objeto del delito provienen de «determinadas actividades criminales»; es decir, de determinados delitos y, lógicamente, previos al delito de lavado: justamente por ello son bienes de origen ilícito. El artículo 10, segundo párrafo, prescribe que estas actividades criminales son las expresamente allí enumeradas, en efecto:

[...] corresponde a **actividades criminales** como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales [...] (resaltado nuestro).

La obligación legal de que los bienes de origen ilícito provengan de determinados delitos fuente expresamente contemplados en la ley es subrayada de nuevo, esta vez con mayor precisión aún, en el artículo 4 que contempla una agravante, donde de manera textual se indica que se aplicará una pena no menor de veinticinco años «cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias **provienen de** la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas» (resaltado nuestro). Aquí se evidencia del texto expreso de la ley que el «origen ilícito» de los bienes objeto del delito de lavado debe provenir de determinados delitos —los mencionados en la ley— y que no basta para la configuración típica la mera determinación abstracta del origen ilícito; lo cual, como ya se ha señalado,

32 Blanco Cordero, 2012, p. 273. Para este autor, la doctrina mayoritaria considera al delito previo un elemento normativo del delito de lavado de activos. Véase también Castillo Alva, 2009, p. 340.

33 Fundamento 30 del acuerdo plenario 3-2010.

no se corresponde con la finalidad político criminal de la legislación y además es un imposible lógico y jurídico.

Producto de una lectura superficial de la norma, se ha afirmado que, solamente en el caso de artículo 4, existe la obligación de probar el delito fuente y que en todos los demás casos contemplados en el artículo 1 no existe dicha obligación. Esta afirmación es incorrecta. Dicho razonamiento parte del error de considerar que solamente en los supuestos agravados contemplados en el artículo 4 existiría la obligación de probar el delito fuente allí expresamente descrito y que, en los tipos básicos contemplados en los artículos 1, 2 y 3, no existiría dicha obligación. Esto es incorrecto, pues no es el artículo 4, sino el artículo 10 el que prescribe, de manera general, que el origen ilícito proviene de determinadas actividades criminales contempladas expresamente en dicho artículo y las que se obtengan por interpretación de la cláusula general extensiva. El artículo 4 solo regula un caso agravado del delito de lavado de activos. Además, de otro lado, la exigencia probatoria no puede estar supeditada a la gravedad del delito: «[...] si se trata del delito agravado sí se requiere probar el delito fuente y si se trata del tipo básico no se requiere probar el delito fuente». ¡Esto es inadmisible! Siempre, ya sea que nos encontremos en el tipo básico o ya en el tipo agravado, se debe probar el delito fuente que origina los bienes ilícitos y, en ambos casos, se debe exigir el mismo nivel probatorio, pues el origen ilícito se prueba o no se prueba.

En consecuencia, de la estructura de los tipos penales se desprende que, para determinar el origen ilícito de los bienes objeto del delito, se requiere determinar el delito fuente que originó dichos bienes y esto solo es posible determinando el delito previo concreto. No será posible dar por determinado y por probado el «origen ilícito» si no se determina y prueba el delito fuente que originó dichos bienes. La propia estructura normativa, «técnica legislativa» empleada, refiere que el origen ilícito debe extraerse de determinadas actividades criminales; a saber, la minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas y los demás delitos previstos en el artículo 10 del DLeg. 1106.

Dado que no cualquier delito puede ser el delito previo, sino únicamente los señalados en el artículo 10 de la ley, en consecuencia, no es posible afirmar, en abstracto, que se probará el origen ilícito sin probar el delito previo. Es imposible afirmar válidamente que un bien es de origen ilícito si no se determina que este proviene de un concreto delito previo «con nombre y apellido», el cual está reducido a los delitos fuente señalados en la ley. No se puede afirmar la ilicitud de los bienes si no se hace referencia a uno de estos delitos previstos en la norma.

El imperativo de probar el delito fuente para acreditar el origen ilícito de los bienes rige incluso en la propuesta de Prado Saldarriaga, quien sostiene que la referencia típica del «origen ilícito» de los bienes no debería formar parte del

tipo objetivo, sino del tipo subjetivo, donde el autor del delito debería actuar «con conocimiento del origen ilícito de los bienes»³⁴. En efecto, los esfuerzos por construir una autonomía sustancial del delito de lavado de activos, recurriendo al tipo subjetivo, no han sido fructíferos; pues, aún en el tipo subjetivo, ha resultado imposible prescindir del elemento «origen ilícito» de los bienes para la configuración del injusto. Incluso cuando solo se exija que el autor actúe con «conocimiento del origen ilícito», para una sanción legítima debe probarse también el «origen ilícito». En efecto, solo así podría afirmarse que el autor tenía conocimiento del origen ilícito, pues el objeto de su conocimiento efectivamente era un bien con este origen. Será imposible que el autor tenga conocimiento del «origen ilícito» si el bien realmente no tiene dicho origen. Si no se prueba que el bien objeto de conocimiento del autor tiene origen ilícito, el conocimiento del autor podría estar viciado; es decir, el autor podría estar en un error de tipo.

D. Autonomía y consideraciones probatorias

En consecuencia, de los fundamentos político-criminales y de la estructura normativa se desprende que el origen ilícito puede ser probado únicamente demostrando la actividad criminal previa que dio origen a los bienes ilícitos³⁵. Es decir, objeto de la prueba —*thema probandum*— en el delito de lavado de activos será también, e ineludiblemente, el delito previo. De aquí se desprenden cuatro conclusiones:

- i) Objeto de prueba será el delito previo. Aquí debe admitirse como delito previo el «hecho punible», sin la necesidad de que además se haya verificado la culpabilidad del autor; es decir, rige aquí plenamente la «accesoriedad limitada»³⁶ en la configuración del delito precedente. De otro lado, como delito previo también se debe admitir al delito en grado de tentativa³⁷.
- ii) El origen ilícito debe ser probado; es decir, se debe lograr certeza sobre el origen ilícito de los bienes. Así lo ha subrayado también la Corte Suprema en el acuerdo plenario 3-2010 al señalar que «no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos

34 Prado Saldarriaga, 2008, p. 6.

35 Véase Bernsmann, 1998, p. 46. Por su parte, Lackner y Kühl (2007, p. 1134), señalan que la prueba del delito previo es irrenunciable.

36 Blanco Cordero, 2012, p. 281; Lackner & Kühl, 2007, p. 1134; Matus, 2004, pp. 323-334.

37 En Alemania, se admite igualmente el delito tentado como delito previo del delito de lavado de activos. Cfr. Schrönke & Schröder, 2006, p. 2168.

o ganancias, sino que será precisa la **certeza** respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave»³⁸ (resaltado nuestro). No cabe aquí el establecimiento de niveles probatorios y menos admitir como válida una exigencia menor: algo está probado o no está probado, no es posible un camino intermedio. En consecuencia, al finalizar la investigación, un tribunal de justicia debe concluir que el elemento «origen ilícito» está probado o no está probado. No es admisible la graduación de la prueba en atención al principio de presunción de inocencia e *indubio pro reo*; lo que se logrará verificando que proviene de un delito determinado.

- iii) Aquí rige el principio de libertad probatoria, admitiéndose todas las pruebas, sin más límite que los que la ley y la constitución imponen. Dada la complejidad de los casos de lavado, la casuística informa que la prueba indiciaria será la preponderante.
- iv) Para probar el delito no es suficiente el mero desbalance o la falta de justificación patrimonial; sino que se tiene que probar, fehacientemente, más allá de toda duda razonable, que los bienes son de origen delictivo³⁹. La existencia de irregularidades contables, tributarias o financieras no prueba ni determina actos de lavado⁴⁰, ya que pueden constituir irregularidades de gestión o administración. El único elemento configurativo del delito de lavado de activos es la prueba del «origen ilícito» de los bienes; es decir, la fuente delictiva de las irregularidades contables y financieras. Siendo ello así, corresponde al Ministerio Público probar el origen delictivo de los bienes objeto del lavado o, de lo contrario, descartar la ilicitud de los mismos⁴¹ como garantía del principio de presunción de inocencia que le asiste al investigado. Una sanción por el simple dato del desbalance o falta de justificación patrimonial, supone una inversión de la carga de la prueba que claramente perjudica al ciudadano investigado y constituye una grave violación constitucional.

En consecuencia, una sanción legítima supondrá dos posibilidades: primero, que la ilicitud de los bienes objeto del delito haya sido determinada en otro proceso,

38 Fundamento 35 del acuerdo plenario 3-2010.

39 En el mismo sentido, véase García Caveró, 2007a, p. 505; Castillo Alva, 2009, p. 355. En Alemania, cfr. Bernsmann, 1998, p. 46; Lackner & Kühl, 2007, p. 1134.

40 En la misma línea, véase Caro Coria, 2013, p. 72 y ss.

41 Para García Caveró (2007a, p. 505), si no se prueba la existencia del delito previo, la investigación deberá archivarse.

con decisión judicial que se pronuncie sobre este aspecto; y, segundo, que la referida ilicitud se haya determinado en la misma investigación por delito de lavado de activos, lo cual supone que el objeto de investigación —*thema probandum*— será también la determinación del origen ilícito de los bienes, es decir, supondrá la prueba del delito previo determinante.

E. Autonomía sustantiva y principio de legalidad

La autonomía sustantiva —es decir, la tesis que sostiene que para la configuración del delito de lavado de activos no es necesaria la determinación del delito previo— viola indefectiblemente el principio de legalidad; pues, como se desprende del tenor de la ley, la norma peruana exige la determinación del «origen ilícito» como elemento del tipo objetivo y esta solo puede ser determinada comprobando que efectivamente proviene de un determinado delito previo, contemplado en la ley. Esta situación de inconstitucionalidad no varía, incluso si se considera al «origen ilícito» como elemento del tipo subjetivo.

Conforme a la doctrina unánime, el «principio de legalidad» reclama que toda interpretación tenga como marco normativo válido el tenor de la ley, la cual precisa ser interpretada en función de las finalidades político-criminales que legitimaron su dación; pues, como bien ha subrayado el profesor Hurtado Pozo, atrás quedó el ideal de la ilustración que decía que el juez no tenía nada que interpretar, sino que este se debía limitar a aplicarla (*Montesquieu*)⁴². En este mismo sentido, Roxin⁴³ ha señalado que toda interpretación debe reparar en el tenor literal de la norma, pues «esta se deriva de los fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales del principio de legalidad».

En consecuencia, siendo un imperativo considerar el tenor de la ley en la determinación de los alcances de la norma, la tesis de la autonomía sustantiva del delito de lavado de activos viola el principio de legalidad, puesto que dicha autonomía no está contemplada en ningún extremo de los diecisiete artículos del DLeg. 1106 que la regula. La posibilidad de la autonomía sustantiva tampoco puede ser extraída siquiera mediante interpretación teleológica. En consecuencia, si la norma no contempla una autonomía sustantiva, entonces debe entenderse que la autonomía sustantiva está proscrita de nuestro ordenamiento jurídico.

Además, se atenta contra el principio de legalidad desde otra perspectiva, pues la norma señala expresamente que los bienes objeto del lavado deben ser de «origen ilícito» (artículos 1, 2 y 3); es decir, provenir de «actividades criminales

42 Hurtado Pozo, 2005, p. 185 y ss.

43 Roxin, 2006, § 5, 30; cfr. también Villa Stein, 2014, p. 135 y ss.

que produjeron el dinero» (artículo 10) y estas deben ser claramente determinadas, no pudiendo ser distintas a las «actividades criminales» consideradas en el segundo párrafo del artículo 10. En efecto, de la ley se desprende claramente que el «delito previo» o «actividades criminales que produjeron el dinero» está contemplado como elemento típico que define la acción prohibida, que forma parte del contenido del injusto prohibido. De la norma se desprende, además, que se trata del elemento central del comportamiento prohibido (puesto que, si alguien transfiere bienes de origen lícito, no cometería ningún delito).

La conformidad con el principio de legalidad de la tesis de la autonomía sustantiva no puede justificarse alegándose que la ley hace referencia al «origen ilícito» de los bienes y no a un «delito específico». En primer lugar, no es correcto que la norma haga referencia únicamente al «origen ilícito»; a esta conclusión se llega con una lectura parcial e incompleta de la norma. Por el contrario, la norma, en la integridad de sus diversos artículos, se refiere a «actividades criminales que produjeron el dinero»; por lo que, de una lectura sistemática de la norma, se desprende que el elemento «origen ilícito» será determinado únicamente si se prueba que una actividad criminal concreta produjo los bienes ilícitos. Además, la determinación del «origen ilícito» de los bienes supone, como ya se ha fundamentado, la determinación de una actividad criminal previa; pues, de lo contrario, no será posible afirmar que los bienes tienen «origen ilícito». El origen ilícito, no puede ser presumido. Nuestra norma contiene un claro vínculo normativo con el delito precedente; en consecuencia, es normativamente imposible obtener el contenido del injusto del delito de lavado de activos sin referencia al delito previo, pues no es posible determinar el origen ilícito del bien si no se ha determinado que efectivamente proviene de un delito y, más concretamente, de un delito específico. Por ello, incluso en una dirección que nosotros no compartimos, nos parece más consecuente y plausible la propuesta de Prado Saldarriaga que señala que, para lograr una autonomía sustantiva, el camino correcto es una futura reforma legislativa orientada a constituir un nuevo tipo penal que posibilite tal autonomía.

E. Autonomía sustantiva y el derecho a la prueba, derecho de defensa y presunción de inocencia

La tesis de la autonomía sustantiva no solo viola el principio de legalidad, sino también otros principios fundamentales del derecho penal. En efecto, al postular que para sancionar a un ciudadano por lavado de activos no es necesario probar que el origen ilícito se originó en un delito previo determinado, sino que basta con probar el origen ilícito de manera «abstracta», o peor aún, en tesis más extremistas,

que no es necesario probar en absoluto el origen ilícito, se viola flagrantemente el derecho constitucional a la prueba, derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia.

El derecho a la prueba como expresión del derecho de defensa y presunción de inocencia garantiza el debido proceso en un Estado democrático de derecho⁴⁴. Este derecho constitucional no solo posibilita que el ciudadano sujeto a investigación tenga la posibilidad de presentar todos los medios probatorios que considere pertinentes; sino que, de otro lado, como la otra cara de la moneda, en virtud de este derecho y demás garantías, al ciudadano le ampara la garantía de que, para sancionarle legítimamente, el Ministerio Público, quien tiene la «carga de la prueba»⁴⁵, debe probar cada uno de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que se le imputa.

La vigencia de estos derechos fundamentales en un proceso por delito de lavado de activos exige que el Estado, como principal garante de un debido proceso, informe al investigado con suficiente certeza que los bienes objeto de la acción típica son de origen ilícito, pues son producto de la comisión de un hecho punible previsto en la ley. No es suficiente —y en consecuencia no legitima su decisión— la afirmación abstracta de que los bienes tienen origen ilícito sin haber determinado de qué delito provienen; pues, como ya se ha demostrado, es imposible —conforme a las reglas de la lógica— llegar a la conclusión de que el bien tiene origen ilícito sin determinar que proviene de un delito determinado. No es admisible la justificación que señale «que los bienes tienen origen ilícito pues existen indicios de su ilicitud, aun cuando no se sabe si provienen de un delito determinado».

De otro lado, también la tesis que sostiene que únicamente se debe probar el «origen ilícito» y no la «actividad criminal previa» que produjo los bienes objeto del delito, contradice el derecho a la prueba, derecho de defensa y presunción de inocencia, pues resulta materialmente imposible probar de manera «abstracta» el origen ilícito de un bien sin determinar que provienen de un delito determinado; más aún, cuando la propia ley hace referencia expresa a determinadas actividades criminales.

Los intentos de legitimar la prueba de un origen ilícito «abstracto», desligado del delito fuente, están condenados al fracaso, pues no es posible probar el origen ilícito si no se determina que los bienes provienen de un delito determinado. Y si no se prueba que provienen de un delito determinado, estaremos únicamente

44 Sánchez Velarde, 2009, p. 270 y ss.

45 Cubas Villanueva, 2009, p. 95; Sánchez Velarde, 2009, p. 71 y ss.; Cafferata Nores, 2003, p. 28.

frente a una presunción de ilicitud, más aún ni siquiera frente a una presunción, pues toda presunción supone un objeto, es decir, se debería presumir que proviene de un determinado delito.

Así pues, del texto legal se desprende explícitamente que el Ministerio Público tiene el deber de probar que el origen ilícito de los bienes proviene de uno de los delitos concretos señalados en el artículo 10. Es más, al establecer una cláusula abierta, señalando: «y otros **delitos** que generen ganancias ilegales» (resaltado nuestro), está obligando al Ministerio Público a determinar qué otros «delitos» pueden llegar a generar ganancias ilegales, haciéndole inexcusable la necesidad de probar, primero: la existencia de otro delito no catalogado en el artículo 10; y segundo: probar efectivamente generaron los bienes y ganancias objeto del lavado. En conclusión, renunciar a la prueba del delito fuente viola indefectiblemente el derecho a la prueba, el derecho de defensa y presunción de inocencia.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una autonomía «sustantiva» del delito de lavado de activos, sino únicamente una autonomía «procesal». En nuestro país, para condenar legítimamente a una persona como autor del delito de lavado de activos, se requiere, necesariamente, probar el «origen ilícito» de los bienes objeto del delito, lo cual únicamente puede hacerse probando la actividad criminal previa que originó el bien ilícito. Consideraciones político criminales, de orden lógico jurídico y estructurales, sustentan que el delito de lavado de activos no es autónomo y que una pretendida autonomía sería contraproducente con los principios del derecho penal de un Estado democrático de derecho. El núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se emplea para su tipificación, exige siempre un vínculo normativo con el «delito previo» concreto que originó los bienes ilícitos. Los intentos por construir una autonomía sustantiva no han tenido éxito; pero, además, colisionan con diversas garantías constitucionales.