

## EL DELITO FUENTE EN EL LAVADO DE ACTIVOS

Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes normativos. A. Documentos internacionales. B. Legislación nacional. III. Activos susceptibles de ser objeto material. A. Dinero. B. Bienes. C. Efectos. D. Ganancias. E. Títulos valores. IV. El delito fuente. A. Rechazo a su condición de elemento objetivo del tipo. B. El delito fuente como elemento típico. C. Autonomía del lavado de activos. 1. Autonomía procesal. 2. Autonomía sustantiva. D. La prueba del delito fuente. 1. Sede procesal de su probanza. 2. Prueba indiciaria. E. Determinación legal del delito fuente. F. Grado de realización y relación de integración. V. Circunstancias modificativas de la responsabilidad vinculadas al delito fuente y al objeto material. A. Circunstancias relativas al delito previo. B. Circunstancias relativas al valor del objeto. VI. A modo de conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, el delito de lavado de activos se encuentra previsto en una ley penal especial: el DLeg. 1106 (del 19 de abril de 2012), denominado «Decreto de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado». El lavado de activos —como destaca Tiedemann— constituye

«un tipo de conexión (que conecta con un hecho penal previo)»<sup>1</sup>. Es indispensable acreditar en el proceso por lavado de activos tanto el origen delictivo de los bienes como los posteriores actos de legitimación, lo que es lo mismo, determinar el «delito fuente» o idóneo para producir el dinero, bienes, efectos o ganancias —sobre los cuales recaerán las posteriores conductas de lavado incriminadas en los artículos 1, 2 y 3 del DLeg. 1106—, tomando como base los delitos y la cláusula general establecidos en el artículo 10, segundo párrafo, de dicha norma.

Los activos sobre los cuales recaen las conductas de lavado se originan en la comisión de un delito fuente, no así en una ilicitud global o genérica como pareciera interpretarse —desde una perspectiva literal y asistemática— de los aludidos artículos 1 al 3 sin ninguna referencia al artículo 10 (segundo párrafo). El estudio que se realiza trata acerca de la determinación y acreditación del delito fuente y su vinculación con el objeto material del lavado de activos, en su relación con la naturaleza autónoma —sustantiva y procesal— de este delito. Serán objeto de análisis los preceptos pertinentes tanto del DLeg. 1106 y de la derogada ley 27765 (del 27 de junio de 2002) —aplicable aún a los procesos penales iniciados durante su vigencia—, como del proyecto de ley de nuevo Código Penal —aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso—. Así también serán examinadas las convenciones internacionales sobre la materia, debidamente aprobadas por el Perú, con el objeto de realizar el correspondiente control de convencionalidad y constitucionalidad que permita el análisis global de la institución del delito fuente, empleando como objeto de análisis, además del DLeg. 1107, las convenciones aludidas, dado su carácter de derecho interno. Serán, asimismo, analizadas las opiniones que en la doctrina nacional sustentan la autonomía absoluta —sustantiva y procesal— del lavado de activos y, con ello, la renuncia al delito fuente como elemento objetivo de los tipos legales de este delito. Finalmente, se analizará la jurisprudencia pertinente.

## II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

### A. Documentos internacionales

La revisión de la normativa internacional relativa a la prevención y represión del lavado de activos permite constatar, entre otros aspectos de técnica jurídica, que en sus textos se incorporan preceptos concernientes a la terminología que será empleada a lo largo de su estructura normativa. Dada la ratificación de estas convenciones internacionales por el Estado peruano y su cualificación como

---

1 Tiedemann, 2010a, p. 344. En el mismo sentido, véase Vogel, 2002, p. 121; y Abel Souto, 2005, p. 213.

«derecho interno» (de acuerdo a lo previsto en el artículo 55 de la Constitución), su conocimiento es indispensable a fin de emplearlo como referente interpretativo tanto de los tipos legales de lavado de activos —previstos en el DLeg. 1106 y la ley 27765 (en cuanto esta sea aplicable a casos aún en procesamiento)— como de los mecanismos procesales dirigidos a su investigación y juzgamiento, con el objeto que dichas funciones —fiscales y judiciales— sean efectuadas dentro de parámetros constitucionales y convencionales.

Con respecto al objeto material del lavado de activos, la Convención de Viena de 1988<sup>2</sup> (artículo 1, literales p y q) sostuvo que debe entenderse por «bienes» a los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Por su parte, con relación a los «productos», señaló que estos son los bienes obtenidos o derivados —directa o indirectamente— del tráfico ilícito de drogas y de precursores (actividades cuya incriminación es propuesta por dicha convención a los Estados parte).

La preocupación internacional por ampliar la incriminación del lavado de activos procedentes de delitos especialmente graves, distintos al narcotráfico y vinculados a la delincuencia organizada transnacional y la corrupción, motivó a los Estados a suscribir sendas convenciones intergubernamentales dirigidas a la prevención y represión de este fenómeno delictivo<sup>3</sup>. Con relación al objeto material, la terminología empleada por la Convención de Viena de 1988 es precisada tanto por la Convención de Palermo de 2000<sup>4</sup> (artículo 2, literales d y e), como por la Convención de Mérida de 2003<sup>5</sup>, en dos aspectos relevantes.

En primer lugar, el origen delictuoso de los bienes o productos no se limita al tráfico ilícito de drogas y de precursores, sino que se amplía a actividades delictivas graves e idóneas para generar activos susceptibles de ser objeto de blanqueo. En segundo término, cuando los dos primeros señalan que por producto de delito «se entenderá los bienes de cualquier índole», pretenden formular una definición lo suficientemente amplia para abarcar a toda «ventaja económica» procedente de la actividad delictuosa para fines de decomiso<sup>6</sup>. Asimismo, se ha buscado reconocer

---

2 Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Austria el 19 de diciembre de 1988, aprobada mediante RLeg. 25352 (publicada el 26 de noviembre de 1991).

3 Gilmore, 2004, p. 65.

4 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en la asamblea general de la ONU del 15 de noviembre de 2000, aprobada por RLeg. 27527 (publicada el 8 de octubre de 2001).

5 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Mérida el 9 de diciembre de 2003, aprobada por RLeg. 28357 (publicada el 6 de octubre de 2004).

6 En el marco del Consejo de Europa, similar terminología es empleada para conceptualizar al objeto material del lavado de activos. Así, en el Convenio de Estrasburgo, relativo al blanqueo,

a los bienes sustitutivos como provecho idóneo para ser considerado objeto material del delito de lavado de activos<sup>7</sup>.

Con relación al «delito fuente», la inicial comprensión sobre que este debía proceder de los delitos de tráfico ilícito de drogas y de precursores —propuesta por la Convención de Viena de 1988— fue convenientemente extendida por las sucesivas convenciones emitidas hacia otros delitos susceptibles de producir ganancias ilegales. Las Naciones Unidas reconocieron que no solo el narcotráfico constituía un fenómeno criminal apto para generar considerables rendimientos financieros, sino que además existen otros delitos productores de ganancias cuyo origen busca ser aparentado mediante su incorporación en el tráfico económico legal<sup>8</sup>.

Al respecto, la Convención de Palermo de 2000 (artículo 2, literal h) estableció que los «delitos determinantes» son aquellos de los cuales se deriva un producto idóneo de ser materia de blanqueo, requiriéndose a los Estados parte que la incriminación del lavado de activos, los abarque en la «gama más amplia posible» (artículo 6, inciso 2, literal a), particularmente los delitos de organización (artículo 5), participación en grupos delictivos organizados (artículo 8) y la penalización de la obstrucción de la justicia (artículo 23)<sup>9</sup>. La Convención de Mérida de 2003, por su parte, recogiendo la misma conceptualización del delito determinante (artículo 2, literal h) y su necesaria amplitud (artículo 23, inciso 2, literal a), expresa su particular atención —de acuerdo a las finalidades de esta convención— a los delitos (fuente) cometidos contra la función pública, efectuados por funcionarios (públicos nacionales y extranjeros) o particulares y contra el patrimonio estatal<sup>10</sup>.

---

seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (del 8 de noviembre de 1990), se estableció que se entenderá por «producto» a «todo provecho económico derivado de un delito» (artículo 1, literal a) y por «bienes» a «los de cualquier naturaleza, sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en estos» (artículo 1, literal b). En el Convenio de Varsovia, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (del 16 de mayo de 2005), es idéntica la conceptualización de los «bienes» (artículo 1, literal b), mientras que con relación a los «producto» se hace expresa precisión que estos podrán derivar incluso indirectamente del delito fuente (artículo 1, literal a).

7 Blanco Cordero, 2012, p. 243; Fabián Caparrós, 1998, p. 301.

8 Fabián Caparrós, 2003a, p. 173.

9 Zúñiga Rodríguez, 2009a, p. 49.

10 En las Cuarenta Nuevas Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional de 2012, se señala: «3. Los países deben tipificar el lavado de dinero en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de dinero a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos predicados». Por su parte, en los convenios de Estrasburgo de 1990 y de Varsovia de 2005, se les denomina «delito principal» (artículo 1, literal e, en ambos casos). En sus preceptos (artículo 6, inciso 4,

## **B. Legislación nacional**

La Convención de Viena de 1988, al momento de la publicación del CP de 1991, aún se encontraba pendiente de aprobación por nuestro legislador, por lo que los proyectos de CP de 1990 y 1991, incluso el texto publicado el 8 de abril de 1991 (DLeg. 635), carecían de disposiciones relativas a la incriminación del delito de lavado de activos. Estas circunstancias variaron con la emisión de la RLeg. 25352 (del 23 de septiembre de 1991), por la cual nuestro parlamento aprobó la Convención de Viena, así como por la suscripción de un convenio bilateral con EE.UU. (del 14 de mayo de 1992, aprobado mediante DS 100-01-PCM) relativo a la implementación de determinadas políticas de interdicción del narcotráfico. Finalmente, fue relevante para nuestro legislador la participación peruana en el grupo de expertos convocado por la CICAD que condujo a la elaboración del denominado «Reglamento modelo» de la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>11</sup>.

La incriminación del lavado de activos —procedente del narcotráfico— se inició con la emisión del DLeg. 736 (del 12 de noviembre de 1991), que incorporó al CP los artículos 296-A y 296-B<sup>12</sup>. Al igual que el texto de la ley argentina 23737 («Ley de tenencia y tráfico de estupefacientes», del 11 de octubre de 1989), su fuente inmediata, el DLeg. 736, consideró que los actos de lavado de activos se proyectan sobre «ganancias, cosas, bienes o beneficios económicos». Luego de haber sido derogado —el citado DLeg.— mediante la ley 25399 (del 19 de febrero de 1992), el legislador nacional estimó que las conductas de lavado de activos no eran distintas a la receptación patrimonial, por lo cual las consideró como circunstancia agravante de este delito<sup>13</sup>, mediante la ley 25404 (del 26 de febrero de 1992). En virtud de esta última norma, el objeto material se reducía a la amplia fórmula de «bienes» de procedencia delictuosa.

Posteriormente, el legislador derogó esta última norma mediante el DL 25428 (del 11 de abril de 1992), reincorporando la incriminación del lavado de activos derivados del narcotráfico (artículo 296-A) y ampliando el delito fuente al narcoterrorismo (artículo 296-B). El objeto material fue concebido del mismo modo que en el DLeg. 736 —como casi en la totalidad de los elementos típicos— con la adición del «dinero» como objeto de los actos de lavado. Esta denominación amplia del objeto no fue variada por la ley 26223 (del 21 de agosto de 1993)

---

y artículo 9, inciso 4, respectivamente) se hace referencia a los criterios del umbral mínimo y mixto como técnicas legislativas empleadas para la determinación del delito fuente.

11 Prado Saldarriaga, 1994, p. 52.

12 Lamas Puccio, 1992, p. 138.

13 Abanto Vásquez, 2015, p. 57.

ni por la ley 27225 (del 17 de diciembre de 1999), a pesar de tratarse de leyes modificatorias del artículo 296-B.

Por su parte, la ley 27765 (del 27 de junio de 2002), denominada «Ley penal contra el lavado de activos» —derogatoria de los artículos 296-A y 296-B, emitida previo debate y modificación de los proyectos de ley 01084-2001/CR y 01931-2001/CR—, concibió como objeto material al «dinero, bienes, efectos o ganancias». En lo relativo a la categoría del delito fuente, el legislador consideró extenderlo hacia actividades criminales distintas del narcotráfico y narcoterrorismo, abarcando diferentes modalidades delictivas enumeradas en su catálogo referencial (en su artículo 6, segundo párrafo) y caracterizadas tanto por su especial gravedad como por su aptitud para producir ganancias ilegales. En dicho precepto legal, se incorporó una disposición por la cual se incluía como delito fuente a «otros “similares” que generen ganancias ilegales». En términos generales, esta cláusula —con los matices propios derivados de la reforma y derogación de esta norma— es la que se ha impuesto en nuestro sistema penal.

Se aprecia de la técnica legislativa empleada que no se tuvo por objeto determinar un catálogo excluyente de delitos previos; sino, antes bien, realizar una numeración ejemplificativa<sup>14</sup> de aquellas actividades delictivas idóneas para producir rendimientos económicos. Sin embargo, a pesar que la doctrina sostuvo que se abarcaba a los «activos originados o derivados de cualquier delito de aquellos que generen ganancias ilegales»<sup>15</sup>, la interpretación de la «relación de similitud» (aludida en el artículo 6, segundo párrafo) conducía a sostener válidamente que no cualquier ilícito penal tendría aptitud para ser considerado como delito fuente —ni siquiera todos aquellos capaces de producir rentas ilícitas—; sino que, por el contrario, era necesaria la característica de gravedad «similar» a las actividades delictivas ejemplificadas en dicho precepto legal<sup>16</sup>.

Las normas modificatorias de la ley 27765 no variaron la estructura del objeto material o del delito fuente. Ni siquiera al momento de incorporarse la referencia a la «trata de personas y tráfico ilícito de migrantes» (ley 28950, del 16 de enero de 2007) o al «terrorismo, extorsión y delitos patrimoniales agravados» (DLeg. 986, del 22 de julio de 2007), como delitos fuente no enunciados en el texto original de la ley 27765. Las aludidas conductas delictivas, por su especial gravedad y aptitud para generar ganancias ilegales —como bien refirió el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116—, indudablemente se encontraban contenidas en la cláusula «otros

14 García Cavero, 2012a, p. 421.

15 Prado Saldarriaga, 2007, p. 153.

16 Caro John, 2010b, p. 159; Abanto Vásquez, 2015, p. 74.

similares», que había sido prevista en el artículo 6, segundo párrafo, antes de las modificatorias experimentadas en 2007<sup>17</sup>.

Por otra parte, como expresión de la política criminal de lucha del Estado contra la minería ilegal, el crimen organizado y el lavado de activos, se emitió el DLeg. 1106 (del 19 de abril de 2012). En esta norma, además de derogarse a la ley 27765, el legislador —en lo relativo al objeto de estudio— consideró relevante incorporar a la terminología asentada desde el año 2002, la referencia a los «títulos valores» (artículo 3), sin considerar que este concepto ya se encontraba suficientemente abarcado por la noción de «bien», por lo que nada nuevo se añadía al derecho vigente. Sin embargo, es de destacar que por vez primera en nuestra legislación penal se reconoce al valor económico del objeto material como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal («agravante», según prevé el artículo 4, primer párrafo, inciso 3; y «atenuante», de acuerdo a lo previsto en el artículo 4, tercer párrafo). Asimismo, se reformuló la cláusula general sobre el delito fuente, para reconocer que su procedencia se sitúa en «cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales» (artículo 10, segundo párrafo).

Finalmente, en el proyecto de ley de nuevo Código Penal (recientemente aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el 9 de diciembre de 2014), es oportuno mencionar que, más allá de no plantearse modificaciones en la estructura del tipo legal, ni en lo relativo al delito fuente u objeto material (en los términos diseñados por el vigente DLeg. 1106), es particularmente relevante que en la reforma se resalte de forma expresa —por vez primera en nuestra legislación— el injusto de naturaleza socioeconómica que entraña el lavado de activos. En el proyecto aludido, se ha propuesto la incorporación de este delito en el texto del nuevo Código Penal, como el primero de los atentados contra el orden económico (sección XIII, título I, libro segundo del Código Penal, artículos 354 y ss.).

---

17 El Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 (del 16 de noviembre de 2010, FJ 30), sostuvo que «como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro, 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. Los denominados “delitos fuente” han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan “delitos similares” —obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas, y realizados tendencialmente en delincuencia organizada— que generen ganancias ilegales».

### III. ACTIVOS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito de lavado de activos constituye elemento nuclear del tipo de injusto alrededor del cual giran los otros<sup>18</sup> y sobre el que, además de proyectarse las diferentes conductas típicas, se representa el bien jurídico protegido<sup>19</sup>. Es característica fundamental del objeto material que tenga su «origen» («provenga», sea «producto» o esté «generado» —expresiones empleadas por nuestro legislador—) o sea motivado por un hecho delictivo<sup>20</sup>. Tratándose de un elemento integrante del tipo de injusto, es distinto al concepto de efecto o ganancia, aunque puedan llegar en ocasiones a coincidir.

En el DLeg. 1106, el legislador previó que constituyen objeto material de los actos de lavado de activos tanto el dinero, bienes, efectos o ganancias (artículos 1 y 2), como los títulos valores (artículo 3). Este casuismo empleado para definir el objeto<sup>21</sup> pudo bien haber sido superado con el término genérico de «bienes», de acuerdo a la definición planteada por las convenciones de Viena de 1998, Palermo de 2000 y Mérida de 2003, o como se prevé en la legislación española, al constituir una definición que aglutina todas las formas establecidas en la ley vigente<sup>22</sup>. Los actos típicos deben efectuarse «con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso», retomándose la estructura del elemento subjetivo del injusto empleada en el texto original de la ley 27765<sup>23</sup> (y que fuere modificada por el DLeg. 986), configurándose actualmente al lavado de activos como delito de peligro abstracto<sup>24</sup>.

18 Martínez-Buján Pérez, 2013, p. 252; Booth, Farrell, Bastable & Yeo, 2011, p. 32.

19 Sobre la concreción del bien jurídico, basado en la libre y leal competencia, es preciso remitirse a el estudio anteriorde Mendoza Llamacponcca (2013, p. 534 y ss.). Sobre la libre y leal competencia como objeto de protección, véase Aránguez Sánchez, 2000, pp. 97-98; Blanco Cordero, 2012, p. 226; Arias Holguín, 2011, p. 210; Bottke, 1998, p. 13; Fiandaca & Musco, 2005, p. 254; Mantovani, 2002, p. 259; Zanchetti, 1997, p. 391.

20 Blanco Cordero, 2012, p. 241.

21 Del Carpio Delgado, 2015, pp. 666-667; Gálvez Villegas, 2009, p. 82; Caro Coria, 2012, p. 202.

22 Del Carpio Delgado, 1997, p. 92 y ss.; Martínez-Buján Pérez, 2013, p. 253; Rebollo Vargas, 2014, p. 144; Fabián Caparrós, 1998, p. 301; Abel Souto, 2005, pp. 196-197; Arias Holguín, 2011, p. 309; Gómez Iniesta, 1996, p. 48.

23 García Caverro, 2015, p. 138; Prado Saldarriaga, 2007, pp. 154-155; Gálvez Villegas, 2009, p. 106 y ss.

24 No debe perderse de vista que el lavado de activos es un proceso y, como tal, un conjunto de actos coordinados, a pesar de que el legislador haya decidido —por cuestiones punitivas— equiparar un acto (de dicho proceso) con el proceso global. De modo tal que se reprime como lavado de activos, entre otros supuestos, diferentes actos del proceso de legitimación, como lo son los comportamientos de conversión o transferencia independientemente de los actos de ocultación o tenencia, más allá de la constatación que cada uno por sí mismo pueda no



Con relación al valor económico del objeto material, el DLeg. 1106 establece —por vez primera en nuestra legislación penal— su relevancia para constituir una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal (artículo 4, tercer párrafo) o una agravante (artículo 4, primer párrafo, inciso 3). En efecto, en la primera norma citada, se dispone que «la pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años... cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias». En la segunda, se prevé que «la pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años... cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias».

Esta regla de valoración se basa en criterios de proporcionalidad que fueron anticipados por el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, cuyo fundamento de interpretación se encontró en el artículo 3 de la «Ley penal tributaria» (DLeg. 813)<sup>25</sup>, aunque únicamente fuere postulado por dicho acuerdo como un «referente de determinación de la pena». Esto sin duda constituyó un importante avance al tratarse de un criterio que permitía concretar el principio de proporcionalidad en el ámbito de la valoración del valor o *quantum* económico del objeto material del lavado de activos.

---

completar el circuito del proceso global. Al respecto, el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116 (del 6 de diciembre de 2011, FJ 8), sostuvo que «el lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas, que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes». En el mismo sentido, se emitieron las ejecutorias supremas recaídas en el RN 2071-2011-Lima, RN 3474-2012-Lima, RN 2444-2013-Lima y RN 2082-2013-Lima (del 6 de diciembre de 2012, FJ III.5; del 22 de agosto de 2013, FJ 6 y 7d; del 9 de diciembre de 2014, FJ 5c; y del 14 de enero de 2015, FJ 6, respectivamente; ejecutorias procedentes de la Sala Penal Transitoria, ponente: Víctor Prado Saldarriaga) Así también, véase Caro Coria, 2012, p. 219; García Caveró, 2015, p. 135; Gálvez Villegas, 2009, pp. 96-97; Blanco Cordero, 2012, p. 89; Fabián Caparrós, 1998, p. 49; Callegari, 2009, p. 63.

25 El Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 (FJ 29) sostuvo, sobre ello, que: «Cabe anotar, además, que en otros delitos como el defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a 5 UIT motiva una atenuación específica de la pena (cfr. artículo 3 del DLeg. 813 o Ley Penal Tributaria). Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso». Es pertinente resaltar que el artículo 3 de la «Ley penal tributaria» —que preveía una circunstancia de atenuación cuando la conducta defraudatoria no sobrepasaba las 5 UIT— ha sido derogado inconvenientemente por el DLeg. 1114 (del 5 de julio de 2012). Al respecto, véase Álvarez Dávila, 2012, p. 166.

Se aprecia, por ello, que en nuestra legislación —a diferencia del criterio del umbral económico que se había dispuesto en el sistema penal argentino<sup>26</sup>— el monto involucrado de los bienes objeto del lavado no determina la tipicidad de los hechos que sustentan una imputación, sino que su verificación tiene relevancia como circunstancia (agravante o atenuante) modificativa de la responsabilidad penal. A nuestro juicio esto no descarta la relevancia de la interpretación teleológica —en empleo de la función dogmática del bien jurídico y del principio de insignificancia— como herramienta útil para evitar la hipertrofia punitiva que supone reprimir conductas de mero agotamiento<sup>27</sup>, o aquellas que involucren montos patentemente insuficientes o de «cuantía irrelevante»<sup>28</sup> (para crear un riesgo

---

26 Durrieu Figueroa, 2013b, pp. 285-286; Orsi, 2007, p. 607. En el mismo sentido, véase Barral, 2003, p. 178. En el sistema de la ley argentina 25.246, al modificarse el artículo 278, inciso 1, literal a, del CP argentino, se preveía que solo había delito de lavado de activos si el valor de los bienes superaba el monto de 50 000 pesos; por debajo de dicha cifra, si es que había delito, sería cualquier otro —por ejemplo, el encubrimiento— distinto del lavado, salvo que la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí superaran dicha cifra. Pero, con la reforma experimentada mediante la ley 26.683 (del 21 de junio de 2011), que derogó el artículo 278 del CP argentino, en apariencia el reformado artículo 303 se limitaría a actualizar dicho monto a la suma de 300 000 pesos, tal como se expresa en el inciso 1; sin embargo, en el inciso 4 dispuso que «si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de 6 meses a 3 años», por lo que, con la reforma argentina de 2011, hay delito de lavado de activos por debajo y por encima de 300 000 pesos. Para más detalles, véase Córdoba, 2015, pp. 37-41; D'Albora, 2012, pp. 189-193.

27 Abel Souto, 2005, p. 195; Palma Herrera, 2000, p. 349; Arias Holguín, 2011, p. 368; Díaz & García Conlledo, 2014, p. 619; García Cavero, 2013, p. 75; Caro Coria, 2012, p. 204. Aun cuando la presente materia no nos permita ampliar argumentos, no puede comprenderse sino de modo restrictivo la posición de la Corte Suprema sobre la calificación que efectúa del agotamiento delictivo como «necesario» lavado de activos. Tal es así que en el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116 (del 6 de diciembre de 2011), desde una perspectiva onmicomprensiva —por tanto objetable—, califica como lavado de activos a todo acto de agotamiento, señalando que «todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos» (FJ 14); por tanto —a juicio de la Corte Suprema— «el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo» (FJ 15). Pese a dicha argumentación judicial, sostenemos que no todo acto de agotamiento del delito fuente constituye inmediatamente un acto de lavado de activos. No puede descartarse que, al menos en las modalidades de «utilización» y «mantención en el poder» (previstas en el artículo 2 del DLeg. 1106) existan casos en que los bienes producidos por el delito fuente queden consumidos por este o constituyan agotamiento (copenado) del mismo. Al respecto, véase Del Carpio Delgado, 2011a, pp. 25-26.

28 De acuerdo con la restricción teleológica que permita la exclusión de cuantías manifiestamente irrelevantes o patentemente inidóneas para constituir objeto material del lavado, en virtud de los principios de proporcionalidad e insignificancia, véase Gallego Soler, 2011, pp. 665-666; Abel Souto, 2014, pp. 162-163. Sobre esta cuestión, también se ha sostenido que «el fenómeno del blanqueo debe limitarse a aquellos casos en los que la cuantía de los bienes

desaprobado contra la libre y leal competencia<sup>29</sup>), operación interpretativa que debe evidentemente efectuarse valorando el contexto de actuación, a fin descartar que nos encontramos frente a actividades que constituyen un deliberado reparto de funciones dirigido a ensombrecer valores de menor cuantía<sup>30</sup>; por ejemplo, a través de la modalidad del *smurfing*<sup>31</sup>.

De acuerdo a lo previsto en nuestra actual legislación, los actos de lavado de activos recaen sobre dinero, bienes, efectos o ganancias (artículos 1 y 2) y títulos valores (artículo 3). Esto es, se proyectan sobre objetos de contenido económico que, a su vez, constituyen elemento objetivo del tipo legal, siendo su determinación objeto de investigación y prueba. Sobre el valor de los montos involucrados —en todas estas expresiones del objeto material—, se determinará su naturaleza de circunstancia atenuante o agravante, según corresponda.

## A. Dinero

En nuestra legislación, el DL 25428 (del 11 de abril de 1992) fue la primera norma que hizo expresa referencia al dinero como objeto sobre el cual pueden efectuarse los actos de lavado de activos, situación que no varió en la legislación posterior. Por «dinero» debe entenderse al efectivo, representado en moneda nacional o extranjera, cuya fungibilidad es la característica que permite un más fácil blanqueo de este que de otros bienes<sup>32</sup>. En esta noción puede ubicarse la moneda digital o criptodivisa (cuyo mayor exponente es el *bitcoin*<sup>33</sup>). El dinero, material o virtual,

---

envueltos en los procesos de reconversión es lo suficientemente importante como para que pueda ser considerado un “capital”»; véase Fabián Caparrós, 1998, p. 68.

29 Aránguez Sánchez, 2000, pp. 184-185; Arias Holguín, 2011, p. 312; Caro Coria, 2012, p. 204; Abel Souto, 2014, p. 163; Durrieu Figueroa, 2012, p. 169.

30 Al respecto, junto a María Molina, debemos resaltar que la menor cuantía puede ser predispuesta por los involucrados; por lo cual, el principio de insignificancia por sí solo no puede constituir un criterio restrictivo sin que se tomen en consideración, tal como estamos de acuerdo, cuestiones derivadas del contexto que permitan descartar que no nos encontramos frente a reparto de roles dirigido, precisamente, al lavado de activos de menor cuantía. Véase Molina Mansilla, 2007, p. 63; Abel Souto, 2014, pp. 162-163.

31 Durrieu Figueroa, 2013b, p. 169.

32 Abel Souto, 2005, p. 185.

33 Brito & Castillo, 2013, p. 3. En un importante antecedente jurisprudencial procedente de EE.UU. (sentencia del 6 de agosto de 2013, emitida por el juez Amos Mazzant, del Distrito Oriental de Texas, en el asunto «Bitcoin Savings & Trust»), se sostuvo que «*Bitcoin is a currency or form of money*». Esto es, que este tipo de divisa virtual constituye una forma de dinero. Al respecto, véase Berenguer Pascual, 2014, p. 2.

cumple las funciones de servir como medio de intercambio en la realización de transacciones, emplearse como patrón de pagos diferidos o depósitos de valor<sup>34</sup>.

Asimismo, en esta noción del objeto material prevista en los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106, puede ser incluido el denominado «dinero electrónico» que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2 de la ley 29985 (la denominada ley que regula las características básicas del dinero electrónico como instrumento de inclusión financiera, del 17 de enero de 2013), constituye:

[...] valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor, el cual tiene las siguientes características: a) Es almacenado en un soporte electrónico. b) Es aceptado como medio de pago por entidades o personas distintas del emisor y tiene efecto cancelatorio. c) Es emitido por un valor igual a los fondos recibidos. d) Es convertible a dinero en efectivo según el valor monetario del que disponga el titular, al valor nominal. e) No constituye depósito y no genera intereses<sup>35</sup>.

En el mismo sentido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 del reglamento de la ley 29985, aprobado por DS 090-2013-EF (del 13 de mayo de 2013), se considera dinero electrónico al «valor monetario almacenado en soportes electrónicos diseñados para atender usos generales y no aquellos para usos específicos, tales como tarjetas de compra, tarjetas de telefonía, tarjetas de socio, tarjetas de transporte público, vales de alimentación, vales de servicios y otros similares».

En suma, tanto la moneda digital o criptodivisa —el *bitcoin*— como el dinero electrónico, con sus características, pueden ser abarcadas por el concepto legal de «dinero» al que alude, como objeto material, el legislador en los tipos penales de lavado de activos.

## B. Bienes

Mediante el concepto de «bienes» se establece la expresión más genérica de los activos susceptibles de constituir objeto de las conductas de lavado. Su extensión se desprende tanto de las normas con rango de ley (civil, comercial, mercantil, bancaria o financiera<sup>36</sup>) como de las derivadas de los convenios internacionales que aprobó nuestro Estado. Al respecto, en el artículo 1, literal q, de la Convención

34 Hinostroza Pariachi, 2009, p. 113.

35 Con el objeto de cumplir con el principio de reserva de actividad, solo pueden emitir dinero electrónico aquellas empresas supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (enumeradas en los artículos 16, inciso a, y 17, inciso 6 de la ley sectorial (ley 26702).

36 Gálvez Villegas, 2009, p. 83.

de Viena de 1988, se sostuvo que «por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos». Esta definición, con puntuales matices, fue seguida por las convenciones de Palermo de 2000 y de Mérida de 2003. De acuerdo a esta noción, se incluye en el objeto material del lavado de activos los bienes que objetivamente son susceptibles de valoración económica; esto es, idóneos para ser incorporados en el tráfico comercial<sup>37</sup>.

En tal sentido, el concepto de «bien» debe abarcar con amplitud suficiente a todos los objetos (materiales o inmateriales) susceptibles de ser tanto valorados económicamente como incorporados en el tráfico económico<sup>38</sup>. Los presupuestos que configuran a un bien como objeto material dependen de: (i) que sea capaz de ser valorado económicamente<sup>39</sup>; (ii) que «pueda ser incorporado a un derecho transmisible, es decir, que pueda ser objeto de derecho»<sup>40</sup>; (iii) que, además, sea susceptible de tráfico mercantil de carácter lícito<sup>41</sup>. Consecuentemente, quedan excluidos los objetos que solo tengan valor afectivo, sentimental o que carezcan de valor económico alguno; por tanto, que sean inidóneos para ser incorporados en el tráfico económico por no tener valor de cambiario en el mercado<sup>42</sup>.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el RN 3474-2012-Lima<sup>43</sup>, emitió un pronunciamiento relativo a la distinción de los bienes susceptibles de ser objeto material de este delito (con el cual se declaró la nulidad de un auto de sobreseimiento por lavado de activos procedentes de actos de corrupción). En la referida ejecutoria se sostuvo que:

[...] en un plano operativo se pueden distinguir tres clases de bienes: los que son producto directo e inmediato de un delito precedente y que serán el objeto de acción en los delitos de conversión, a través de actos de colocación. Los que son bien transformados y que son aquellos resultantes de las prácticas

---

37 Del Carpio Delgado, 1997, p. 97.

38 De acuerdo a lo sostenido por Juana del Carpio, «la amplitud con la que se ha interpretado al término bienes tiene la ventaja de abarcar la punición de todas las conductas que recaigan sobre cualquier modalidad que puedan revestir los beneficios, ganancias o productos que tenga su origen en un delito previo» (2011a, p. 7).

39 Zanchetti, 1997, p. 397.

40 Palma Herrera, 2000, p. 306.

41 Arias Holguín, 2011, p. 311.

42 Del Carpio Delgado, 1997, pp. 94-95; Cáliz Vallecillo, 2004, p. 138. En el mismo sentido, véase Gálvez Villegas, 2009, p. 84; Hinojosa Pariachi, 2009, p. 114.

43 Ejecutoria suprema recaída sobre el RN 3474-2012-Lima (del 22 de agosto de 2012, FJ IV.7.b. Sala Penal Transitoria; ponente: Prado Saldarriaga).

de intercalación, los cuales serán objeto propio de delitos de transferencia. Finalmente, los bienes mezclados que son los que fusionaron bienes lícitos más bienes de fuente ilícita. Ellos se constituyen en el objeto de acción de los delitos de ocultamiento y tenencia mediante actos de integración.

La distinción citada se basa en un enfoque operativo y criminalístico que vincula a los bienes con los actos secuenciales del proceso de lavado de activos<sup>44</sup>.

### C. Efectos

Los objetos o activos que son producidos directa e inmediatamente por la realización del delito son los denominados «efectos»<sup>45</sup>. La doctrina entiende por «efectos» a los objetos producidos mediante la acción delictiva (*producta sceleris*)<sup>46</sup>, distinguiéndolos de las ganancias al ser estas las utilidades o valor económico<sup>47</sup> que se obtienen mediata o indirectamente por el delito<sup>48</sup>. Al respecto, la modificada «Ley de pérdida de dominio» (DLeg. 1104) prevé —en el literal b de su disposición complementaria final duodécima— que los efectos del delito son los «bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros... directamente derivados de la acción delictiva».

### D. Ganancias

Las ganancias son las ventajas patrimoniales o utilidades conseguidas a través del delito<sup>49</sup>, cualesquiera que fueran las transformaciones que hubieran podido experimentar<sup>50</sup>. Como establece un sector doctrinal, corresponde diferenciar entre las ganancias que se pueden obtener al derivarse del delito, de aquellas otras que se obtienen «por el delito»; es decir, aquello que constituye precio o recompensa de carácter económico que una persona entrega a otra para que cometa una infracción delictiva. Este último concepto se encuentra, por tanto, integrado en la noción legal de «ganancias»<sup>51</sup>. Por tanto, ganancia es tanto el beneficio económico cuantificable que reporta o produce el delito —por ejemplo, el valor del dinero objeto de la

---

44 Prado Saldarriaga, 2013, p. 239.

45 Aguado Correa, 2000, p. 43; Gracia Martín, Boldova Pasamar & Alastuey Dobón, 2006, p. 565; Palma Herrera, 2000, p. 311.

46 Cerezo Domínguez, 2004, p. 41.

47 Mapelli Caffarena, 2011, p. 414.

48 Abel Souto, 2005, p. 169.

49 Del Carpio Delgado, 1997, p. 42.

50 Cerezo Domínguez, 2004, p. 42.

51 De otro opinión es Manzanares Samaniego, quien considera que el «precio» del delito (comprendiéndolo como el monto dinerario u otra utilidad material que una persona entrega a

sustracción, en el hurto— como el precio<sup>52</sup>, la dádiva o promesa —como sucede en los delitos de cohecho— que obtiene quien lo ejecuta<sup>53</sup>. Al respecto, según expresa la «Ley de pérdida de dominio» (en el literal d de la citada disposición complementaria final), este concepto abarca «los efectos mediatos o indirectos del delito. Es decir, los frutos o rentas de este».

Siendo claro que las «ganancias» constituyen las utilidades derivadas de la actividad delictiva previa; sin embargo, ha sido objeto de debate si dicho concepto normativo (recogido en nuestros tipos legales) puede entenderse como la cuantificación del íntegro de las consecuencias económicas producidas por el delito previo (ganancias brutas), objeto del ulterior lavado, o si, por el contrario, es necesario descontar la inversión que el presunto autor o partícipe hubieren podido emplear para obtenerlas (ganancias netas). Sobre esta cuestión, Choclán Montalvo, a partir de su interpretación de las normas civiles sobre la pérdida del derecho de repetición por quien resulta perjudicado por su propio hecho ilícito como lo sería el delito (artículo 1275 del Código Civil de España), sostiene que «rige en nuestro derecho el principio de la ganancia bruta extendiéndose la confiscación al total rendimiento del delito sin deducción de los costes desembolsados por el penado para su obtención»<sup>54</sup>. Por otra parte, siendo partidario del principio de ganancias netas con relación al decomiso, Mappeli Caffarena, sostiene que «en un plano teórico nos seduce más los argumentos de quienes se inclinan por las ganancias netas, ya que se están decomisando ganancias y en un sentido jurídico ganancias son aquellas cantidades que resultan después de detraer los costos del negocio que surgen»<sup>55</sup>.

Esta discusión, como precisa Blanco Cordero, fue objeto de conocimiento del Tribunal Supremo de EE.UU. en el caso 06-1005 (*United States vs. Santos*, 128 S. Ct. 2020 [2008])<sup>56</sup>. En esta resolución, adoptada en mayoría, el tribunal modificó su anterior criterio decidiéndose, desde dicho precedente, a favor del criterio de las ganancias netas en función de la interpretación «más favorable» del término «productos» (de la *Money Laundering Control Act* de 1986). De acuerdo con esta norma, se reprime como lavado de activos la conducta que se realiza o que se dirige a realizar

---

otra para que esta lleve a cabo el acto delictivo ideado por aquella) no puede ser una ganancia, sino a lo más «un móvil» del delito. Al respecto, véase Manzanares Samaniego, 1983, p. 262.

52 Blanco Cordero, 2011, p. 23.

53 Mappeli Caffarena, 2011, p. 416.

54 Choclán Montalvo, 2001, p. 54.

55 Reconociendo que razones político-criminales han originado que en el derecho comparado se imponga el criterio de las ganancias brutas, véase Mappeli Caffarena, 2011, p. 416.

56 Sentencia del caso emitida por el Tribunal Supremo de EE.UU. (del 2 de junio de 2008). Disponible en: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1005.pdf>>. En un análisis crítico de este precedente, así como de sus efectos legales, véase Gurulé, 2009, p. 339 y ss.

transacciones financieras con los «productos» (*proceeds*) de actividades delictivas. En este caso, se consideró que dicha terminología era ambigua dado que aparentemente no permitiría distinguir entre los gastos empleados para la obtención de las ganancias sumadas a estas y los provechos en sí mismos. A criterio de la ponencia que se impuso, liderada por el magistrado Scalia, la definición de «ganancias» consiste en el resultado que queda después de los gastos invertidos en el crimen<sup>57</sup>.

El problema, sin embargo, de adoptar esta doctrina a nuestro derecho penal no es cuestión baladí; antes bien, entraña una ilegal imposición al Ministerio Público de un estándar probatorio adicional en la acreditación del elemento típico «ganancias» de origen delictivo. El órgano persecutor tendría el deber no solo de postular medios de prueba que acrediten la existencia de ganancias objeto de los actos de lavado; sino, además, de hacerlo luego de identificar y descontar los costes de inversión empleados delincuentemente para obtenerlas. Con acierto, Gurulé<sup>58</sup> sostiene que se impone a la Fiscalía una carga excesiva e injustificada para probar las ganancias criminales «netas», las que representarían el valor resultante de los bienes adquiridos menos los gastos empleados para obtenerlos. El principio de imputación necesaria, si bien impone al Ministerio Público que determine de forma precisa el *quantum* o valor económico contaminado de los activos objeto del presunto lavado, que a su vez permite el ejercicio del derecho a ser informado de los términos concretos de la acusación, sin embargo su radio de aplicación no le obliga a realizar la labor de descontar de los ingresos obtenidos del delito los gastos empleados en su ejecución<sup>59</sup>.

Esta controversia motivó a la doctrina a exigir la modificación legislativa<sup>60</sup> de dicha normativa para definir al «producto» como cualquier ganancia o beneficio derivado, directa o indirectamente, de una actividad delictiva y no se limite dicho concepto a las «ganancias netas». Tal es así que el mismo 2009 la administración Obama, recién instalada, promulgó la *Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009*<sup>61</sup>. Esta norma —dirigida contra el fraude y la recuperación de activos— modificó el apartado c, inciso 9, del § 1956, del *USA Code Penal* para establecer que, por el término «producto», se entenderá cualquier ganancia o beneficio obtenido, derivado o retenido, directa o indirectamente, a través de algún tipo de actividad delictiva, «incluyendo los ingresos brutos» de dicha actividad. Por tanto, la legislación fue la que dio por resuelta la problemática a favor de las «ganancias brutas»<sup>62</sup>.

---

57 Gurulé, 2009, p. 346.

58 *Ibidem*, p. 389.

59 Blanco Cordero, 2015, p. 358.

60 Gurulé, 2009, p. 388.

61 *Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009* (del 20 de mayo de 2009). Disponible en: <<https://www.congress.gov/111/crpt/srpt10/CRPT-111srpt10.pdf>>.

62 Madinger, 2012, p. 28; Blanco Cordero, 2015, p. 360.



## **E. Títulos valores**

Con la emisión del DLeg. 1106, por vez primera en nuestra legislación se hizo referencia a los «títulos valores» como objeto material de los posteriores actos de lavado sin tener en cuenta que esta noción es aglutinada por el concepto de «bienes». Los títulos valores son documentos mercantiles que materializan valores cuyas características más resaltantes son tanto la representación —en su contenido— de derechos patrimoniales, como su aptitud para ser objeto de circulación en el tráfico económico. Los títulos valores más comúnmente empleados son, entre otros, el pagaré, la letra de cambio y la factura negociable. De acuerdo a lo previsto en el artículo 1, inciso 1, de la ley 27287 («Ley de títulos valores»): «los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales, tendrán la calidad y los efectos de Título Valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza».

## **IV. EL DELITO FUENTE**

El lavado de activos en tanto delito de conexión<sup>63</sup> exige para su configuración la previa realización de una actividad criminal idónea para producir el objeto material (dinero, bienes, efectos o ganancias). En la legislación derogada (ley 27765, artículo 6, segundo párrafo) se formuló una referencia al delito fuente mediante un catálogo abierto y una cláusula general por la cual se incluía en dicho concepto a «conductas punibles en la legislación penal como... u otros similares que generen ganancias ilegales»<sup>64</sup>. En esta se excluyó no solo a la receptación como posible delito fuente; sino, además —como admite una interpretación de dicho precepto<sup>65</sup>—, a los delitos «no similares» (al catálogo ejemplificado en dicha norma), aquellos que carecen de «aptitud» para generar ganancias ilícitas e, inclusive, a las faltas.

Por su parte, en el texto vigente (DLeg. 1106, artículo 10, segundo párrafo), se hace similar referencia aludiendo a «actividades criminales como los delitos... o cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales».

### **A. Rechazo a su condición de elemento objetivo del tipo**

En los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106 (al igual que en las disposiciones correspondientes de la ley 27765), se hace mención al «origen ilícito» del dinero,

---

63 Tiedemann, 2010a, p. 344; Vogel, 2002, p. 121; Abel Souto, 2005, p. 213.

64 Sobre el referido artículo 6 de la ley 27765, véase Gálvez Villegas, 2009, p. 90; Hinostroza Pariachi, 2009, p. 118.

65 Toyohama Arakaki, 2010, p. 23.

bienes, efectos o ganancias objeto de los ulteriores actos de lavado. Al respecto, Páucar Chappa, basándose en la interpretación literal de dichos preceptos<sup>66</sup>, sostiene que «el delito precedente no forma parte del delito de lavado de activos»<sup>67</sup> al centrarse «el núcleo de la procedencia del dinero en un “origen ilícito” y no en un “delito específico”»<sup>68</sup>. Y que, por el contrario, el delito fuente «solo alcanza relevancia penal cuando es requerido para la circunstancia agravante del segundo párrafo del artículo 4»<sup>69</sup>. Sobre la referida agravante, en el mismo sentido, sostiene Prado Saldarriaga que «este es el único caso en la legislación penal peruana contra el lavado de activos, donde el delito fuente o precedente adquiere relevancia normativa y probatoria»<sup>70</sup>. De modo compatible con dicho planteamiento, el Oficio Circular 024-2013-MP-FN-SEGFN de la Secretaría General de la Fiscalía de la Nación, señala «conforme a lo establecido en el artículo 10 del DLeg. 1106..., el lavado de activos es un delito autónomo y no tiene delito fuente»<sup>71</sup>. Finalmente, refiere Gálvez Villegas que «no se requiere de la acreditación de un delito previo, puesto que este no es un elemento del tipo penal de lavado»<sup>72</sup>.

En la misma línea, con el objeto de fundamentar la renuncia al delito fuente como elemento típico, Rosas Castañeda considera que el «conocimiento del origen ilícito» constituye elemento del tipo objetivo del lavado de activos. El legislador, no obstante, incorporó el elemento de «conocimiento» en los preceptos legales para hacer referencia al aspecto cognitivo del dolo; esto es, aludir a la tipicidad subjetiva. Cuando Rosas Castañeda sostiene que «el conocimiento del origen ilícito

---

66 Páucar Chappa, 2013b, p. 177.

67 *Ibidem*, p. 175.

68 Páucar Chappa, 2013a, p. 62.

69 *Ibidem*, p. 64.

70 Prado Saldarriaga, 2013, p. 263.

71 El secretario general de la Fiscalía de la Nación, en el oficio circular 024-2013-MP-FN-SEGFN (del 15 de mayo de 2013), dirigiéndose a los presidentes de las juntas de fiscales superiores de los distritos fiscales, sostuvo: «Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, por especial encargo del señor Fiscal de la Nación, a fin de indicarles que, conforme al establecido en el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 —Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado—, el lavado de activos es un delito autónomo, y no tiene delito fuente, 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 de sentencia condenatoria. En tal sentido, solicito a ustedes, se sirvan instruir a los señores Fiscales a cargo de las investigaciones sobre lavado de activos de cada uno de sus Distritos Fiscales, con la finalidad que se dé estricto cumplimiento a lo dispuesto por dicha norma, bajo responsabilidad de comunicar a las Fiscalías Desconcentradas de Control Interno la no observancia de la misma».

72 Gálvez Villegas, 2014, p. 90.

de los activos, y no el delito fuente, es un elemento normativo del tipo objetivo... la exigencia del tipo penal, del elemento normativo del tipo objetivo se agota en el conocimiento del origen ilícito»<sup>73</sup>, en rigor lo que propone es una subjetivación extrema de los elementos objetivos del tipo.

Más allá de lo propuesto por dicha línea de opinión, el «origen ilícito» de contenido delictivo (o delito fuente) es el que constituye elemento normativo del tipo objetivo (tal como se desprende de los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106) y, como tal, es objeto sobre el cual se proyecta el dolo (conformado fundamentalmente por el conocimiento). El «conocimiento del origen ilícito» —que tiene o que debía presumir el agente— (elemento incorporado en el artículo 10, párrafo 2, del DLeg. 1106) constituye la expresión acabada del tipo subjetivo proyectado sobre uno de los elementos objetivos —precisamente, el origen de los activos—. A pesar que el autor de sitúa en el planteamiento que niega la naturaleza jurídica del delito fuente como parte del tipo objetivo, de su postura se desprende consideraciones fundamentales para quienes concebimos lo contrario. Esto es, que desde nuestra perspectiva, el artículo 10 contiene elementos de tipicidad que complementan los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106 —concretamente, el delito fuente (párrafo 2, las «actividades criminales») y uno de los posibles sujetos activos (párrafo 3, el autolavado «quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del bien») —, cuestión que será posteriormente desarrollada.

El «conocimiento» de los elementos objetivos del tipo, aun cuando figure expresamente en el precepto legal, no es parte integrante de los elementos normativos del tipo objetivo —contrario a lo sostenido por este autor—; sino, antes bien, constituye elemento estructural del dolo típico (junto al elemento «volitivo», implícito o no expresado en la ley). En suma, a nuestro parecer, el esfuerzo de postular que la naturaleza jurídica del «conocimiento del origen ilícito» tendría por fundamento concebirlo como «elemento normativo del tipo objetivo»<sup>74</sup>, no supone un argumento atendible para descartar al delito fuente como elemento típico. Según desarrollaremos, es el «origen ilícito» de contenido delictivo (tal como se desprende del artículo 10 del DLeg. 1106 o categoría del delito fuente), no su «conocimiento», el que constituye elemento objetivo del tipo penal de lavado y, como tal, uno de los elementos que deben ser incorporados en los hechos que constituyen el objeto de imputación y de prueba del delito de lavado de activos.

Los argumentos postulados por quienes niegan al delito fuente su carácter de elemento típico, no podemos compartirlos. Entre otros aspectos, porque dicho planteamiento realiza una interpretación formal y asistemática de los artículos

---

73 Rosas Castañeda, 2015, pp. 283-284.

74 Oré Sosa, 2013, p. 176.

1 al 3 del DLeg. 1106, sin ninguna vinculación con el artículo 10, segundo párrafo (de dicha norma), tampoco con las convenciones internacionales que constituyen derecho interno del mismo rango legal que dicho decreto legislativo. La interpretación literal de los artículos 1 al 3 traería como necesaria consecuencia que, mediante la incriminación del lavado de activos, se habría de reprimir actos de legitimación efectuados sobre cualquier «origen ilícito». Lo cual es inaceptable. Por ello, esta modalidad de interpretación meramente literal de dicho articulado debe asumir con coherencia que los bienes susceptibles de ser objeto material del lavado podrían incluso ser producidos por cualquier ilícito general<sup>75</sup> (civil, administrativo<sup>76</sup>, societario u otro que genere ganancias ilegales), o meras situaciones no justificadas de incremento patrimonial, con la única exigencia que dichas ilicitudes tengan aptitud para producir bienes, dinero, efectos o ganancias.

Sin embargo, consideraciones irrenunciables derivadas del carácter fragmentario del derecho penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico<sup>77</sup> y el principio de legalidad, obligan a interpretar sistemáticamente<sup>78</sup>

---

75 Sobre esta cuestión, en la doctrina se ha sostenido que «admitir la penalización del blanqueo de fondos procedentes de otras ilicitudes distintas de la criminal, sería tanto como convertir ese delito en una norma penal en blanco, en la que la contrariedad al derecho —exigida como elemento del tipo— podría venir fijada por otras ramas del ordenamiento ahítas de normas de carácter reglamentario, sino de meros actos administrativos concretos... Como es obvio ello derivaría en un inaceptable grado de inseguridad jurídica que, si bien debe siempre rechazarse, resulta todavía más repudiable en el ámbito penal. Por consiguiente, incluso concibiendo al blanqueo como un delito dotado de sustantividad propia, existen buenas razones para descartar la penalización de aquellos casos en los que los fondos ilícitos comprometidos no procedan de actividades tipificadas como delito. Solo queda esperar que el legislador construya un cuadro jurídico-penal que responda con eficacia a las necesidades sociales... que criminalice el lavado de capitales procedente de aquellas conductas que, en realidad, deban ser delitos». Al respecto, véase Fabián Caparrós, 1998, pp. 290-291.

76 Desde una posición minoritaria, con respecto al objeto material incorporado en los tipos legales de la derogada ley 27765 (LPCLA), Iván Meini considera que «cuando la LPCLA estipula que la procedencia del bien ha de ser ilícita, se refiere no solo a los delitos, que son una manifestación de actos ilícitos, sino que abre el abanico de posibilidades para dar cabida incluso a infracciones administrativas» (Meini Méndez, 2004, p. 16). Esta posición es, sin embargo, asumida por dicho autor sin tomar en consideración que el propio artículo 6, segundo párrafo, de la ley comentada por dicho autor, recogía un grupo de delitos fuente junto a una cláusula de «similitud», de modo tal que se descartó la posibilidad legal de incorporar a otro tipo de ilicitudes, como las administrativas, de hechos precedentes idóneos para dar lugar al lavado de activos.

77 Bobbio, 1997, p. 153 y ss.

78 Al respecto, Jescheck y Weigend precisan que «el método gramatical encuentra su complemento con el sistemático. Mediante el método sistemático, el sentido de la Ley es deducido de la posición en la que se sitúa la norma a interpretar en relación con el conjunto del sistema» (2002, p. 166). Sobre el empleo de la interpretación sistemática en materia de blanqueo de capitales, como criterio para definir los contornos de la «actividad delictiva» previa —terminología

las aludidas disposiciones con el artículo 10, segundo párrafo, del DLeg. 1106 (que hace referencia a «las actividades criminales»), efectuando un control de convencionalidad del derecho interno procedente de las convenciones sobre la materia. Es pues indispensable efectuar una interpretación global de las normas del mismo rango legal que permiten identificar al delito fuente como elemento del tipo objetivo del lavado, tanto a nivel del propio DLeg. 1106 (artículo 10, segundo párrafo), como por la inexorable aplicabilidad —por constituir derecho nacional, atribuido por la Constitución (artículo 55)<sup>79</sup>— de las convenciones de Viena de 1988, Palermo de 2000 y Mérida de 2005. De esta forma, se podrá abarcar el sentido o finalidad de la represión del lavado de activos de modo congruente con las convenciones internacionales debidamente ratificadas por el Perú<sup>80</sup>, con respecto a la determinación del delito previo.

Es conveniente no perder de vista las fuentes internacionales que promovieron la incriminación y prevención del lavado de activos y su ulterior proceso de reforma. Se ha puesto *supra* de relieve (apartado II.A) que las convenciones de las Naciones Unidas, la actualización de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI (a febrero de 2012), al igual que los instrumentos regionales o europeos<sup>81</sup>,

---

empleada por el legislador español de la reforma de 2010 que concretó la modificación del Código Penal de 1995, mediante la ley orgánica 5/2010—, véase Rebollo Vargas, 2014, p. 150.

79 Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, exp. 047-2004-AI/TC (del 24 de abril de 2006, FJ 21).

80 Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Austria el 19 de diciembre de 1988, aprobada mediante RLeg. 25352 (publicada el 26 de noviembre de 1991); Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en la Asamblea General de la ONU del 15 de noviembre de 2000, aprobada por RLeg. 27527 (publicada el 8 de octubre de 2001); Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, adoptada en Mérida el 9 de diciembre de 2003, aprobada por RLeg. 28357 (publicada el 6 de octubre de 2004).

81 Los instrumentos de la Unión Europea, al igual que las Convenciones de las Naciones Unidas que nos vinculan, obligan a sus Estados integrantes a prevenir el blanqueo de capitales procedentes del delito previo, mas no así de los derivados de un «origen ilícito» en sentido general. La reciente directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (directiva [UE] 2015/849, del 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifica el reglamento [UE] 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan tanto la directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo como la directiva 2006/70/CE de la comisión), dispone, en su artículo 1, inciso 3, que constituyen blanqueo de capitales —con sus particularidades— los actos de conversión o transferencia (literal a), ocultamiento o encubrimiento (literal b) y adquisición, posesión o utilización (literal c) de bienes que «[...] proceden de una actividad o hecho delictivo...», o que se originan en «...la participación en este tipo de actividad [delictiva]». La directiva 2015/849 inclusive precisa (en su artículo 3, inciso 4) que, por «actividad delictiva», ha de entenderse a «cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de los delitos graves» descritos en los literales a,

incorporaron en sus textos preceptos relativos al delito fuente. En estos documentos intergubernamentales se enfatiza la necesidad de que se incluya —en las tipificaciones de los Estados— la «más amplia gama» posible de delitos fuente.

Por ello, desde el *soft law*, el GAFI, en tanto institución internacional más importante en la materia, ha enfatizado el valor y no renuncia al delito fuente como elemento constitutivo del lavado de activos. En la última versión de sus cuarenta recomendaciones, dispuso que:

(2) [...] Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques. (3) Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de 1 año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de 6 meses de privación de libertad. (4) Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, incluir una gama de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos [...]. (5) Los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente. Los países pueden disponer que el único prerequisite sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente<sup>82</sup>.

Nuestra constatación no tiene en lo absoluto sustento en una lógica de dependencia jurídica que antes bien —junto a Díez Ripollés<sup>83</sup>— rechazamos. Tampoco nuestro planteamiento supone la «incorporación de doctrina extranjera que comenta una legislación diferente a la nuestra»<sup>84</sup>, según alude Rosas Castañeda en su cuestionamiento a quienes consideramos que el delito fuente constituye

---

b, c, d, e y f de dicha disposición. Las conductas constitutivas de blanqueo de capitales establecidas en esta Directiva son reproducción del texto contenido en el artículo 1, inciso 2, de la derogada directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de octubre de 2005 (relativa a la prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo y financiación del terrorismo).

82 Nota interpretativa de la 3.<sup>a</sup> recomendación, en Grupo de Acción Financiera Internacional, 2012, p. 35.

83 Díez Ripollés, 1994, p. 172.

84 Rosas Castañeda, 2014a, p. 138; Prado Saldarriaga, 2013, p. 343.

elemento típico. Antes bien, nos basamos en un fundamento legal vigente y en criterios de racionalidad que deben dirigir la intervención punitiva, imprescindible para concebir un derecho penal con un mínimo estándar de garantías<sup>85</sup>. Los instrumentos internacionales ponen énfasis en el «origen delictivo» del objeto material del lavado, por lo que —de ser el caso que devenga en derecho positivo—, de acuerdo al artículo III del título preliminar del proyecto de ley de nuevo Código Penal, «la ley penal se interpreta de conformidad con la Constitución Política y con las normas y principios sobre [...] prevención del delito reconocidos en los tratados de los cuales el Perú es parte [...]».

## **B. El delito fuente como elemento típico**

La determinación del tipo de ilicitud del elemento objetivo del tipo, previsto expresamente como «origen ilícito» (en los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106) debe ser identificada a partir del análisis sistemático tanto del segundo párrafo de su artículo 10, como del derecho interno de procedencia convencional —que tiene rango y fuerza de ley, atribuida por el artículo 400, inciso 4, de la Constitución<sup>86</sup>—. En este último caso, además de la Convención de Viena de 1988, la Convención de Palermo de 2000 (artículos 2, literal h, y 6, inciso 2, literal a) y la Convención de Mérida de 2003 (artículos 2, literal h, y 23, inciso 2, literal a), permiten concretar los límites interpretativos del «origen» de los activos objeto de los posteriores actos de lavado.

Según dispone el referido artículo 10, segundo párrafo, «el conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente decreto legislativo, corresponde a «actividades criminales», como los delitos de minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, extorsión, robo, delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales. No tendría ningún sentido legal, ni siquiera para operar como marco de referencia, que el conocimiento (objeto de imputación) del agente recaiga sobre activos de un origen ilícito genérico. Por el contrario, es ineludible que, por la propia configuración estructural de los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106, el origen ilícito deba tener carácter delictivo<sup>87</sup>.

---

85 Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 40.

86 Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, exp. 047-2004-AI/TC (del 24 de abril de 2006).

87 Berdugo Gómez de la Torre & Fabián Caparrós, 2011, p. 130. En el mismo sentido, véase Gálvez Villegas, 2014, pp. 87-88.

La técnica legislativa empleada en los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106, que hace referencia al «origen ilícito» de los bienes (dinero, efectos, ganancias o títulos valores), tiene por objeto evitar el casuismo excesivo<sup>88</sup> que supone incorporar, en cada uno de los referidos dispositivos legales, la referencia expresa de los posibles delitos fuente; por lo que se ha precisado su contenido en la cláusula general prevista en el segundo párrafo del artículo 10.

Entre los planteamientos que rechazan la naturaleza del delito fuente como elemento objetivo del tipo, se alude un presunto respeto al principio de legalidad (por la cual el delito fuente no sería elemento constitutivo de los artículos 1 al 3 al describirse en estos un mero «origen ilícito»). A nuestro juicio, este argumento se sustenta en un análisis asistemático de los referidos preceptos y, antes bien, vulnera dicho principio. El principio de legalidad no solo no es contradicho mediante el análisis sistemático y teleológico de la ley de represión del lavado de activos, sino que la puesta en práctica de este método de interpretación es indispensable para viabilizar el desarrollo continuador del derecho<sup>89</sup> sobre esta materia, de modo que pueda atribuirse un sentido coherente a los enunciados jurídicos previstos en dicha norma represora (artículos 1 al 3 y 10 del DLeg. 1106), concordante con el derecho positivo de naturaleza convencional. No puede perderse de vista que el proceso de interpretación, al entrañar la asignación de sentido a los preceptos penales, «no debe pretenderse alcanzar de la mano de puras consideraciones gramaticales»<sup>90</sup>. El «origen delictivo» (en cuanto tal, «ilícito») de los bienes producidos por un delito fuente que serán objeto del ulterior lavado constituye elemento objetivo del tipo legal, no por consideraciones derivadas de determinada posición doctrinal, sino por imperio del derecho positivo<sup>91</sup>.

No se trata aquí de afirmar que los artículos 1 al 3 constituyen tipos penales en blanco<sup>92</sup>, pues no lo son. La interpretación sistemática y *secundum legem* (no *contra legem*) de dichos preceptos no los harán inoperantes. Un sector de la doctrina

---

88 Cerezo Mir, 1994, p. 178.

89 Baldó Lavilla, 1997, p. 364; Palazzo, 1979, pp. 68-69.

90 Silva Sánchez, 2006, pp. 368-369. Al respecto, la jurisprudencia española, en la STS del 25 de mayo de 1995 (con Bacigalupo Zapater como ponente) sostuvo: «[...] no puede dejarse de subrayar que el método teleológico —propugnado por todos los grandes juristas de este siglo— no apareja seguridad jurídica alguna, o por lo menos, no más que el método gramatical que propugna el fiscal. Más aún, cuando en la ciencia jurídica se admite que el lenguaje en el que se expresan las normas legales es por esencia ambiguo, no cabe duda alguna de que un método puramente gramatical, como el que propone el Ministerio Fiscal, no puede conducir sino a soluciones ambiguas, en verdad, difícilmente compatibles con la idea de seguridad jurídica». Recogiendo el extracto de jurisprudencia precitado, cfr. Echano Basaldua, 1997, p. 119.

91 Blanco Cordero, Fabián Caparrós, Prado Saldarriaga & Zaragoza Aguado, 2014, p. 122.

92 Prado Saldarriaga, 2013, p. 243.



nacional ha sostenido que, si el delito previo se incorporase a la estructura típica, «simplemente el tipo penal de lavado resultaría inaplicable, como sucede en nuestro medio»<sup>93</sup>. Así también, que «un sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional han exigido una vinculación directa entre los actos de lavado de activos y el delito precedente, constituyéndose en una suerte de “prueba diabólica”, que ha hecho en la práctica inviable la aplicación de este delito, lo que se refleja en las escasas sentencias condenatorias por lavado de activos a nivel nacional»<sup>94</sup>. Es decir, se trataría de consecuencias político-criminalmente indeseables generadas por «la infértil búsqueda del delito precedente»<sup>95</sup>.

Sin embargo, la ausencia de un mayor número de sentencias condenatorias por lavado de activos en nuestro sistema judicial no puede serle adjudicado al carácter de elemento típico que nuestra legislación atribuye al delito fuente. Tal es así que sistemas judiciales como el de España, cuya estructura típica contiene indubitablemente al delito previo en el artículo 301, incisos 1<sup>96</sup> y 2<sup>97</sup> del CP español, tienen una considerable producción jurisprudencial condenatoria<sup>98</sup>. Esto ha sido reconocido por el propio GAFI —en el último informe de evaluación mutua (realizado en diciembre de 2014)— al concluir, bajo información judicial, que «España tiene resultados muy satisfactorios en la obtención de condenas»<sup>99</sup>. Por tanto, la ausencia de un mayor número de sentencias condenatorias

---

93 Gálvez Villegas, 2014, p. 83.

94 Rosas Castañeda, 2014a, p. 138.

95 Páucar Chappa, 2013a, p. 64.

96 Artículo 301, inciso 1: «El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado [...]. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código [...]. También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI» (resaltado nuestro).

97 Artículo 301, inciso 2: «Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos [...].» (resaltado nuestro).

98 Para un estudio reciente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español vinculado a la reforma del delito de blanqueo de capitales (dispuesta por la ley orgánica 5/2010, del 22 de junio de 2010), que incluso abarcó la modificación del «delito fuente» (o «actividad criminal», según la nueva normativa penal española), revítese el trabajo de Abel Souto (2014, pp. 142-149).

99 Grupo de Acción Financiera Internacional, 2014, p. 61. No puede, sin embargo, desconocerse que en España la cuestión no radica en la producción condenatoria —que, como se ha visto,

en nuestro sistema judicial no debiere ser explicado en la exigencia del delito fuente como elemento típico (casos como el de España demuestran producción condenatoria<sup>100</sup>, a pesar de que en su estructura delictiva el delito previo es claramente identificable); sino que más bien son atribuibles a vulnerabilidades estructurales y carencias logísticas de innegable arraigo en nuestro sistema fiscal-judicial (debilidades identificadas en el «Plan nacional de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo»<sup>101</sup>, aprobado por DS 057-2011-PCM, del 1 de julio de 2011).

Ni la interpretación teleológica-sistemática que proponemos, ni la meramente formal harán que el tipo penal de lavado de activos resulte menos aplicable. Por ello, la técnica legislativa empleada por nuestro legislador, aún con sus defectos, debe ser compatibilizada con objetivos de lucha política criminal contra la

---

es numerosa—, sino en la aplicación de sanciones penales poco disuasorias. Sobre esta cuestión, véase Aliaga & Blanco Cordero, 2015, p. 24.

100 Valorando la copiosa producción condenatoria, emitida incluso en sede casacional del Tribunal Supremo español, señala Javier Zaragoza: «Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del STS. de 7-12-96, 23-5-97, 15-4-98, 28-12-99, 10-1-00, 31-3-00, 28-7-01, 18-9-01, 29-9-01, 14-4-03, 29-11-03, 19-12-03, 25-2-04, 9-10-04, 2-12-04, 19-1-05, 1-3-05, 14-4-05, 29-6-05 y 14-9-05, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009 y 22-5-2009, 16-12-2010, 10-3-2011, 21-3-2011, 29-11-2011 y 26-6-2012 entre otras) —de entre más de un centenar largo de resoluciones dictadas hasta la fecha por el órgano jurisdiccional casacional con un porcentaje de confirmación de condenas próximo al 90%— ha consagrado la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales sobre tres pilares [...]» (2014, p. 399).

101 Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, 2011, pp. 25-26. Señala la SBS: «En tal sentido, se identificaron las siguientes vulnerabilidades:

- La duración excesiva de las investigaciones preliminares de delitos de LA [lavado de activos], ocasionada en parte por la demora de ciertas instituciones públicas y del sector privado en dar respuesta a requerimientos de información de la Fiscalía.
- La escasa coordinación efectiva entre el Ministerio Público y la PNP.
- La demora en la puesta en marcha de la Dirección de LA de la PNP.
- La falta de peritos y expertos con habilidades especiales en apoyo a las investigaciones de LA. El Derecho comparado recomienda que las instituciones técnicas de la administración provean peritos forenses del cuerpo de funcionarios expertos a su servicio.
- Los plazos demasiado acotados para concluir investigaciones preliminares bajo el modelo acusatorio del NCP, los cuales resultan insuficientes para completar la investigación preliminar en casos complejos.
- La demora excesiva de ciertas autoridades extranjeras en la colaboración requerida por el Ministerio Público en el marco de investigaciones por LA.
- La escasez de recursos, la sobrecarga de trabajo y la falta de capacitación específica a nivel judicial, unido a la necesidad de potenciar el frente judicial.
- La falta de mecanismos para la adecuada administración y disposición de bienes incautados y decomisados y la inaplicabilidad de la DLeg. 992 y sus modificatorias que regula el Proceso de Pérdida de Dominio».

delincuencia organizada y común, afianzados dentro de límites constitucionales, ajenos a métodos de persecución que podrían devenir en arbitrarios. Dado que la formación del objeto procesal por parte del Ministerio Público se efectúa de modo gradual, hasta su perfeccionamiento<sup>102</sup> definitivo en la acusación, la imputación de hechos constitutivos de presunto lavado impone un nivel básico de intimación al investigado sobre la hipótesis del origen delictivo de los bienes. Esto es, que se le permita la posibilidad razonable de ejercer defensa o contradicción contra la hipótesis incriminatoria.

La singular complejidad del lavado de activos o su carácter no convencional no pueden restringir desproporcionalmente derechos fundamentales operantes incluso durante la etapa de investigación (menos aún, en la etapa intermedia o durante el juicio oral). No afirmamos aquí que en la etapa referida el delito fuente deba encontrarse estricta y exactamente delimitado, con precisión absoluta de las circunstancias de su comisión, de sus intervinientes o su puntual calificación jurídica; sino que, por razones derivadas del derecho positivo (penal y convencional), el origen ilícito de carácter delictivo (la categoría típica denominada «delito fuente») constituye elemento típico del lavado, con sus ulteriores consecuencias.

Por tanto, ¿cuáles son las actividades que expresan al elemento objetivo «origen ilícito» de los bienes (contenido en los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106)? Tal como ha sido expuesto, según el artículo 10, primer párrafo, son las:

[...] «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 [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 CP.

Esto es, el origen es ilícito porque procede de un delito fuente. Y, como será *infra* desarrollado, la ilicitud del origen de los activos será tal no porque sea producto de cualquier infracción al ordenamiento capaz de generar rendimientos económicos —como sucede con determinados injustos civiles, societarios u administrativos—, sino porque cuando el legislador emplea la terminología «origen ilícito» (en los citados artículos 1 al 3), lo hace para aludir al carácter antijurídico del hecho delictivo<sup>103</sup>. Siendo este —el injusto penal precedente— el que dote de «ilicitud» al origen de los bienes. Los bienes objeto del lavado son de «origen ilícito» (como

---

102 Se trata de la «delimitación progresiva del posible objeto procesal», al que alude el acuerdo plenario 2-2012/CJ-116 (del 26 de marzo de 2012, FJ 7).

103 Aránguez Sánchez, 2000, p. 199.

contempla nuestra legislación) porque proceden de la «actividad criminal» (o delictiva).

Nuestro planteamiento es compatible con la interpretación sistemática y teleológica del artículo 1 al 3, concordado con el segundo párrafo del citado artículo 10, por lo que debe ser en el mismo procesamiento del lavado de activos en el que se acredite o pruebe el elemento típico «origen ilícito» de procedencia delictiva (la categoría del delito fuente)<sup>104</sup>, en caso este no haya sido declarado probado por sentencia previa —que declare al hecho precedente como típico y antijurídico—. Lo cual no se desprende de alguna propuesta doctrinal que interprete legislación extranjera —que constituye uno de los objetos de cuestionamiento más discutibles y endeble dirigidos por el sector que postula la no consideración del delito fuente como elemento típico del lavado de activos—, sino del análisis global de nuestro derecho positivo.

El referido artículo 10, primer párrafo, luego de señalar que el lavado de activos es un delito autónomo, no señala en lo absoluto que su tipicidad está completa prescindiendo del delito fuente. Al igual que en el caso del «autolavado de activos» —actualmente previsto de modo expreso en nuestra legislación—, el denominado «sujeto activo» es un indiscutible elemento objetivo del tipo penal. Sin embargo, el hecho que los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106 no contengan al autolavador como elemento «expreso» de dichos tipos legales, no dificulta en lo absoluto su consideración de elemento objetivo del tipo (aquel es uno de los posibles «sujetos activos»), al igual que sucede con el elemento «actividades criminales» (o delito fuente). Ello es así porque ambos componentes del tipo base del lavado de activos se desprenden del artículo 10 del DLeg. 1106, en sus párrafos primero y segundo (el delito fuente) y tercero («También podrá ser considerado autor del delito [...], quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias»), complementando los citados artículos 1 al 3.

---

104 Blanco Cordero, 2015, p. 428; Aránguez Sánchez, 2000, p. 200; Caro Coria, 2015, p. 176; García Cavero, 2015, p. 123; Callegari, 2003, p. 232. En desacuerdo, Gálvez Villegas, 2014, p. 91, quien señala que «[...] para determinar esta vinculación, así como para determinar la propia existencia de la actividad criminal, no hace falta acreditar un delito previo sino únicamente establecer una conexión entre la acción de lavado y las actividades criminales». Su planteamiento, sin embargo, no es incompatible con el argumento de diferentes sectores de la doctrina o de las disposiciones de *soft law* (particularmente, la nota interpretativa de la recomendación 3, párrafo 4, del GAFI), a partir de los cuales sostenemos que «la propia existencia de la actividad criminal» —que alude este autor— no puede sino basarse en prueba suficiente. En tal sentido, el origen delictivo de los bienes debe ser acreditado más allá de toda duda razonable, cuando menos mediante prueba indiciaria, en el mismo proceso por lavado de activos (en caso no exista sentencia previa que declare el origen delictivo de los bienes). Al respecto, véase Durrieu Figueroa, 2013a, pp. 2-3; Córdoba, 2015, pp. 149-150.

El planteamiento que postula la interpretación aislada de los mencionados artículos 1 al 3 —con la supuesta imposibilidad que la tipicidad de dichos preceptos pueda verse complementada por el artículo 10—, tendría que asumir con coherencia la imposibilidad de que el «autolavador» sea considerado como «sujeto activo» del tipo base del lavado de activos; lo cual constituye además de un despropósito político criminal, una patente violación del principio de legalidad.

En tal sentido, la interpretación aislada de los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106, efectuada para negar el carácter de elemento típico del delito fuente en el lavado de activos, respecto al artículo 10, conduciría a desconocer que en este último precepto se incorporan elementos de tipicidad que complementan los citados artículos 1 al 3, en lo relativo tanto al delito fuente como al sujeto activo (autolavador). Cuando el legislador incorporó, en el párrafo tercero del citado artículo 10, la referencia al autolavado («También podrá ser considerado autor del delito [...], quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero [...]»), dejó fuera de toda duda la existencia en dicha norma (artículo 10) de ciertos elementos de tipicidad que deben complementar al tipo base (artículos 1 al 3). De igual modo que el sujeto activo «autolavador» constituye elemento objetivo del tipo base, lo mismo se presenta respecto al delito fuente (las «actividades criminales»), a pesar que ambos elementos se encuentren expresamente recogidos en el artículo 10.

Finalmente, con relación al Oficio Circular 024-2013-MP-FN-SEGFN —más allá de su discutible carácter vinculante<sup>105</sup> y dudosa compatibilidad con el principio de defensa de la legalidad como límite constitucional al que se sujetan los actos de investigación del Ministerio Público<sup>106</sup>— en dicho instrumento, al igual que los planteamientos sustentados sobre sí, se confunde dos nociones diferentes aunque complementarias: la autonomía sustantiva y procesal del delito de lavado de activos.

---

105 Al respecto, entre los partidarios de la renuncia al delito fuente como elemento del tipo, Tomás Gálvez ha sostenido que «en todos los casos de lavados de activos debemos determinar una vinculación de los activos materia de lavado con alguna de las actividades criminales previas». Por lo que, respecto al oficio circular 024-2013-MP-FN-SEGFN, señala este autor que «obviamente un oficio de estas características no tiene efecto vinculante alguno, y por ello mismo, no fundamenta un criterio válido sobre el tema de discusión» (cfr. Gálvez Villegas, 2014, p. 88, nota 127). El pronunciamiento referido demuestra que, incluso al nivel de la doctrina procedente del Ministerio Público, el oficio circular aludido no deja de ser claramente objetable.

106 Sobre este principio, sostuvo el Tribunal Constitucional que «el respeto a este principio (de legalidad en la función constitucional) implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y la ley». Cfr. STC 6167-2005-HC/TC, Lima, del 28 de febrero de 2006 (asunto: Cantuarias Salaverry).

## C. Autonomía del lavado de activos

La «Ley penal contra el lavado de activos» (ley 27765) incorporó, por vez primera en nuestra legislación, disposiciones dirigidas a la investigación y juzgamiento autónomo de este delito de manera independiente a la investigación, procesamiento o condena del delito fuente. De manera tal que se descartó toda referencia —sin duda indebida— de alguna posible prejudicialidad de este último (delito fuente) sobre el primero (delito de lavado de activos). Mediante la ley 27765, se hizo referencia expresa a la «autonomía procesal» que rige la investigación o juzgamiento del lavado de activos. Según previó su artículo 6, tercer párrafo, «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». En sentido similar, el artículo 10, primer párrafo, del DLeg. 1106 (al igual que el artículo 360, inciso 1, del proyecto de nuevo Código Penal) prevé:

[...] 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, bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial, o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria (resaltado nuestro).

### 1. *Autonomía procesal*

Se aprecia con toda claridad que el citado artículo 10, primer párrafo, contiene un conjunto de reglas dirigidas a la investigación y procesamiento autónomo del lavado de activos, sin que exista necesidad de que el delito fuente se encuentre: (i) descubierto; (ii) sometido a investigación; (iii) sometido a proceso; (iv) incorporado como objeto de prueba; o (v) condenado. De modo tal que nuestra legislación consagra expresamente la «autonomía procesal» de la investigación y procesamiento de este delito. Son, pues, dos cuestiones las reguladas en la presente disposición legal.

En primer lugar, se dispone que tanto la investigación como el procesamiento del lavado de activos pueden incoarse sin que se exija la previa condena del delito fuente o que este se encuentre sometido a proceso judicial o investigación. No constituye, pues, presupuesto procesal la existencia previa de una investigación o proceso finiquito sobre el delito fuente, tampoco la sentencia a la que se arribe, aun cuando esta sea condenatoria. Esto último, adicionalmente, implica —como se reconoce en el artículo 10, primer párrafo— que, para instaurar la investigación por lavado de activos, no es necesario siquiera que el delito fuente

haya sido objeto de controversia (u «objeto de prueba»<sup>107</sup>, en los términos de la norma) en un proceso penal paralelo o anterior. Las consecuencias referidas de la nueva normativa —derivadas de la autonomía procesal de la investigación— habían sido puestas de relieve por el acuerdo plenario 3-2010/CJ-116 (FJ 32) que señaló que «no es menester [...] que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista una investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutivo». Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciados en similar sentido, como es el caso de Del Carpio Delgado, quien señala que no se requiere «que se haya dictado una sentencia condenatoria firme»<sup>108</sup>.

En segundo lugar, se ha previsto que para el inicio de la investigación o procesamiento por lavado tampoco es necesario que el delito fuente «haya sido descubierto». Esta concepción extrema de la autonomía procesal incorporada en nuestra legislación, dado su carácter gravemente restrictivo de derechos fundamentales, debe ser interpretado dentro de parámetros constitucionales sin detenerse únicamente en la finalidad represiva del lavado de activos. En tal sentido, no puede justificarse el inicio de investigaciones por presuntos actos de lavado (con las subsiguientes consecuencias procesales, como lo es la posible aplicación de los mecanismos de restricción intensa de derechos en el marco de su investigación y situarse al imputado en un contexto de comisión del delito previsto en el artículo 6 del DLeg. 1106<sup>109</sup>), que se basen en la existencia de simples situaciones patrimoniales injustificadas.

Carece de legalidad calificar al «incremento de patrimonio no justificado» como la base sobre la cual se formalicen investigaciones. Sin duda es un indicio relevante de fundamento objetivo; pero por sí solo es insuficiente no solo para el establecimiento de una condena (por lavado), sino para decidirse a formalizar la investigación preparatoria o formular acusación. Las garantías procesales de contenido constitucional, fundamentalmente el derecho a ser informado

---

107 Asencio Mellado & otros, 2001, p. 3; Cafferata Nores, 1986, p. 22.

108 Del Carpio Delgado, 2015, p. 695; Blanco Cordero, 2012, p. 248.

109 En el artículo 6, primer párrafo, se prevé reprimir a: «El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida en el marco de investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años». En el segundo párrafo, se incorpora circunstancias agravantes con fundamento en la gravedad del delito fuente y el valor de los bienes involucrados en la investigación o procesamiento del lavado de activos.

de los términos y alcances de la imputación, a la defensa y a probar, el principio de imputación necesaria y la proscripción de la *inquisitio generalis* o la sospecha permanente<sup>110</sup>, son vinculantes tanto para el Ministerio Público como para los órganos jurisdiccionales, incluso a nivel de las investigaciones por delitos no convencionales —como el lavado de activos—. Estos derechos fundamentales del imputado se constituyen en barreras infranqueables de legitimidad, cuya inobservancia caracteriza la existencia de investigaciones arbitrarias.

De acuerdo a lo expuesto, si bien no es necesaria la condena del delito fuente (o su descubrimiento) para el inicio de una investigación por lavado de activos; sin embargo, es indispensable acreditar —con una mínima actividad probatoria, al menos basada en prueba indiciaria— el «origen ilícito» de contenido delictivo (o delito fuente) de los bienes, dado su condición de elemento objetivo del tipo. Dicha determinación probatoria puede producirse en un proceso paralelo al del lavado de activos, o efectuarse en el mismo procesamiento de lavado a fin que sea debido y razonablemente acreditado<sup>111</sup>. No se requiere, por ello, la identificación de un concreto delito fuente ni su puntual calificación jurídica. La probanza de la procedencia delictiva de los bienes es indispensable, a tal punto que, en el acuerdo plenario 3-2010/CJ-116 (F.J. 35), se sostuvo: «Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos 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 un actividad delictiva grave».

En la actualidad, no existe obstáculo alguno para entender incluidos no solo los bienes que, directamente, procedan de un delito, sino también los que hayan sustituido a estos por conversión o transformación. Hay que entender, pues, incluida aquí la conducta de blanqueo «en cadena», ya que son precisamente las ulteriores transformaciones las que suelen resultar más relevantes a la hora de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes»<sup>112</sup>.

---

110 Castillo Alva, 2009, p. 344; Caro Coria, 2012, p. 208; García Cavero, 2013, p. 116.

111 Aránguez Sánchez, 2000, p. 200; Blanco Cordero, 2012, pp. 330-331; Callegari, 2003, p. 232; Caro Coria, 2015, p. 176; García Cavero, 2013, p. 115; Córdoba, 2015, pp. 149-150.

112 Díaz-Maroto y Vallejo, 2011, pp. 469-470; Del Carpio Delgado, 1997, pp. 137-138; Blanco Cordero, 2015, pp. 431-433; Aránguez Sánchez, 2000, p. 200; Palma Herrera, 2000, p. 328; Barral, 2003, p. 186; Arias Holguín, 2011, p. 307; Gálvez Villegas, 2014, pp. 117-118; Caro Coria, 2012, pp. 208-209; García Cavero, 2013, p. 104. Sin desconocer la problemática admisión de la tipicidad del blanqueo en cadena, al respecto, Carlos Martínez-Buján concluye en su carácter típico por razones de derecho positivo (sobre la base del análisis del artículo 301 del CP español) y, por consideraciones político-criminales, Martínez-Buján Pérez, 2013, p. 256.



## **2. Autonomía sustantiva**

El lavado de activos entraña un injusto material propio, independiente de las actividades criminales que produjeron los bienes objeto de los ulteriores actos de legitimación<sup>113</sup>. Las recomendaciones internacionales del GAFI, CICAD-OE (*soft law*) y las convenciones sobre la materia (*hard law*), así como la legislación comparada, como hemos constatado, se orientan todas hacia la tipificación autónoma del lavado de activos; lo que constituye una tendencia razonable, como refiere Durrieu Figueroa, ya que este delito «afecta valores jurídicos que van allá de lo protegido por el delito previo»<sup>114</sup>.

El contenido material de este delito se encuentra singularizado en la afectación de uno de los aspectos concretos del orden socioeconómico constitucionalmente establecido<sup>115</sup>, la libre y leal competencia<sup>116</sup>. La sustantividad propia del lavado de activos se fundamenta sobre la base de la tutela de un objeto jurídico particular, no así del que pueda ser afectado por el delito precedente<sup>117</sup>. El objeto de protección que subyace a su incriminación (sea la concepción que se tenga sobre el bien jurídico protegido mediante su tipificación) tiene un contenido sustantivo propio. Si bien, desde la perspectiva criminológica, el lavado de activos es un proceso dirigido a la integración de los bienes de origen delictivo al tráfico económico legal, a fin de dotarles de una apariencia de legitimidad, desde la perspectiva de la regulación penal, cada una de las fases tiene independencia punitiva.

---

113 Fabián Caparrós, 2003b, p. 265.

114 Durrieu Figueroa, 2012, p. 162.

115 En el reciente Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal de 2015 (aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, el 9 de diciembre de 2014), se prioriza la tipificación del delito de lavado de activos como el primero de los delitos contra el orden económico, en la sección XIII, título I, de la parte especial.

116 Mendoza Llamapconcca, 2013, p. 534 ss. Sobre la libre y leal competencia como objeto de protección, véase Aránguez Sánchez, 2000, pp. 97-98; Blanco Cordero, 2012, p. 226; Arias Holguín, 2011, p. 210; Bottke, 1998, p. 13; Fiandaca & Musco, 2005, p. 254; Mantovani, 2002, p. 259; Zanchetti, 1997, p. 391.

117 La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el RN 2202-2003-Callao (del 26 de mayo de 2004, FJ 3), sostuvo: «[...] es de precisar que el delito de lavado o blanqueo de activos es una figura penal autónoma... Ello es así porque se trata del ingreso de capitales generados sin los normales costos personales y/o industriales, ni carga tributaria, que dan lugar a una desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y el mercado». En similar sentido, el RN 3744-2003-Callao (del 20 de abril de 2004, FJ 3, Sala Penal Permanente), el RN 1882-2006-Lima (del 6 de agosto de 2007, FJ II.4.3-B, Sala Penal Permanente; ponente: Príncipe Trujillo), RN 4003-2011-Lima (del 8 de agosto de 2012, FJ 3, Sala Penal Permanente; ponente: Pariona Pastrana) y RN 2082-2013-Lima (del 14 de enero de 2015, FJ 11 IV, Sala Penal Transitoria; ponente: Prado Saldarriaga).

La noción sustantiva de la autonomía del lavado de activos entraña diversas consecuencias materiales.

En primer lugar, justifica la existencia de un título de imputación propio respecto al delito fuente<sup>118</sup>. Nos encontramos, pues, ante un tipo de injusto independiente del delito que produjo las ganancias ilícitas. Lo característico del lavado de activos, por ello, no depende de la cualidad concreta del delito fuente, sino del daño social que implica incorporar los bienes producidos por aquel en el tráfico económico legal<sup>119</sup>.

Un segundo aspecto de la incriminación autónoma del lavado de activos tiene por objeto diferenciar su injusto material del delito de enriquecimiento ilícito y de las modalidades postdelictivas del encubrimiento y la receptación<sup>120</sup>.

En tercer término, la autonomía sustantiva permite concebir que el interviniente (autor o partícipe) en el delito previo puede, a través de los ulteriores actos de legitimación, serlo a su vez del delito de lavado de activos<sup>121</sup>. La condición de sujeto activo del tipo penal de lavado de activos, atribuible incluso al autor del delito precedente, tiene por fundamento que el comportamiento ulterior —al del delito precedente— entraña una sustantividad propia, afectando un bien jurídico distinto al protegido por aquel<sup>122</sup>. Con ello, en los casos distintos a la

---

118 Berdugo Gómez de la Torre & Fabián Caparrós, 2011, p. 123.

119 Blanco Cordero, 2015, p. 380; Fabián Caparrós, 1998, p. 295.

120 Al respecto, señala Carlos Aránguez que «la total autonomía del delito de blanqueo respecto al delito previo se aprecia nítidamente en la pena prevista para el blanqueador, la cual es determinada por el legislador con independencia de la establecida para el delito del que provienen los bienes [...] Se demuestra con ello que el legislador no ha querido configurar el blanqueo como una forma de encubrimiento o de participación *post-delictum*, sino que considera que esta figura tiene un contenido de injusto y de culpabilidad autónomo» (2000, p. 296). Cfr. Rosas Castañeda, 2014a, p. 166. Además, sobre las diferencias entre el lavado de activos y los referidos delitos postconsumativos, véase Orst Bérenguer, 2013, pp. 260-264.

121 Durrieu Figueroa, 2012, p. 154. En el mismo sentido, véase Pinto & Chevalier, 2001, p. 33; Martínez-Arrieta, 2014, p. 47.

122 Fernández de Cevallos y Torres, 2014, p. 293. Sobre la vinculación de la autonomía sustantiva y la idoneidad del interviniente en el delito previo como posible autor del ulterior lavado, véase el RN 2202-2003-Callao (del 26 de mayo de 2004, FJ 3, Sala Penal Permanente) y el RN 3744-2003-Callao (del 20 de abril de 2004, FJ 3, Sala Penal Permanente). En ambas ejecutorias la Corte Suprema precisó que «[...] el legislador no sólo no excluyó del ámbito del sujeto activo del delito de lavado de activos al autor o partícipe del delito previo, sino que fundamentalmente dicho tipo penal vulnera un bien jurídico distinto del tutelado por aquél» (resaltado nuestro). Dichas resoluciones fueron emitidas antes de zanjarse la discusión doctrinal sobre el alcance de la responsabilidad penal por lavado de activos al interviniente en el delito precedente, controversia resuelta expresamente con la modificación del artículo 6 *in fine* de la ley 27765 (dispuesta por el DLeg. 986, del 22 de julio de 2007). Un sector de la doctrina, que comento dicha ley, consideró «[...] que el sujeto activo del delito de lavado de activos no

ulterior realización de actos de agotamiento o mero disfrute (actos de consumo),

---

tiene que haber participado en el delito previo, ni en calidad de autor ni partícipe. En caso contrario, responderá sólo por el delito previo» (véase Bramont-Arias Torres, 2003, p. 522). En la misma línea de argumentación de las ejecutorias supremas citadas, mediante el RN 1882-2006-Lima (del 6 de agosto de 2007, FJ II.4-3-B, Sala Penal Permanente; ponente: Príncipe Trujillo), se resolvió que «[...] podrán subsistir ambas imputaciones en el mismo encausado y, eventualmente, declarar la responsabilidad respecto a los dos delitos, puesto que podría presentarse la hipótesis de que el delito de lavado de activos sea cometido por el propio traficante que obtuvo el dinero del narcotráfico» (resaltado nuestro). Estos criterios fueron posteriormente incorporados en el acuerdo plenario 3-2010/CJ-116 (del 16 de noviembre de 2010, FJ 14), el RN 4003-2011-Lima (del 8 de agosto de 2012, FJ 7, Sala Penal Permanente; ponente: Pariona Pastrana), el RN 2071-2011-Lima (del 6 de diciembre de 2012, FJ 9-e, Sala Penal Transitoria; ponente: Prado Saldarriaga) y el RN 1052-2012-Lima (del 15 de enero de 2013, FJ 4-e, Sala Penal Transitoria; ponente: San Martín Castro). Particularmente, en el FJ 5 de esta última, se resolvió «[...] que la modificación del artículo 6 de la ley 27765, por el DLeg. 986, no vino a cambiar la ley anterior para establecer la responsabilidad por el delito de lavado de activos del sujeto que realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino a precisar su participación como autor para evitar toda divergencia en este asunto y mejorar la ley previa, en tanto en cuanto, la primera norma nunca excluyó su responsabilidad» (resaltado nuestro). Recientemente, sobre la base de fundamentos contrarios a los sostenidos por la Sala Penal Transitoria, la Sala Penal Permanente —mediante decisión confirmatoria de una sentencia que de oficio declaró fundada una excepción de naturaleza de acción— ha puesto en controversia los referidos criterios, sosteniendo que el autolavado es penalmente perseguible únicamente a partir de la modificatoria recaída sobre la ley 27765, esto es, desde el 22 de julio de 2007, por efecto del DLeg. 986, precisando que dicha norma no puede ser aplicada para autolavados anteriores a dicha fecha. Así, en el RN 3657-2012-Lima (del 26 de marzo de 2014, FJ 3.1.8, Sala Penal Permanente; ponente: Alvarado Barrios), se resolvió que «[...] conforme a la redacción del texto original de la ley 27765, describía como conducta típica que en los actos de lavado de activos, solo intervienen como autores, personas ajenas a los actos que generan el capital o los bienes ilegales, no habiendo previsto el legislador el autolavado a cargo del agente de la comisión del delito fuente, que recién fue incorporado con la modificación dispuesta por el DLeg. 986 del 22 de julio de 2007; que en el presente caso se atribuye al imputado [...] haber realizado actos de lavado de activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, pese a que fue condenado por este último ilícito, mediante sentencia [...] del 1 de febrero de 2010 a 22 años de pena privativa de libertad, ratificada mediante ejecutoria suprema [...] del 22 de setiembre de 2010; de lo cual se tiene que [...] los actos de lavado de activos se habrían configurado entre los años 1998, 2002 y 2003, previstos en el texto original de la ley 27765, no poseen homologación en dicha descripción legal de la hipótesis delictiva materia de imputación, pues no era perseguible penalmente, ni se encontraba sancionado penalmente al momento de su comisión; que el proceder en contrario, implicaría vulnerar los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, previstos en el artículo 2, inciso 24, párrafo d, de la Constitución Política del Estado, y el artículo 6 del Código Penal». Esta última decisión es compatible con el planteamiento de José Caro quien, comentando la modificación del citado artículo 6 *in fine* de la ley 27765 —por el citado DLeg. 986—, sostiene que el autolavado es «[...] punible en todo caso desde julio de 2007» (para más detalles, véase Caro John, 2010a, p. 197 y ss.).

Acerca de la discusión de la aplicación temporal de una normativa que prevé expresamente la represión del autolavado, en el marco del derecho comparado, existen dos tipos de sistemas jurídicos. El primero se caracteriza por la decisión legislativa de derogar toda referencia expresa a la impunidad del autolavado, como es el caso de la reforma de 2011 del CP argentino (se suprimió del tipo penal de lavado la cláusula de reserva «[...] bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado [...]», anteriormente prevista en el artículo 278, inciso 1, de la ley 25.246, actualmente eliminada en el artículo 303 de la ley 26.683). El segundo está representado por aquellos ordenamientos jurídicos en los que, sin haberse incorporado con antelación cláusulas de impunidad del autolavado, se adoptó la decisión de mejorar la ley previa reconociendo su no exoneración de castigo, como es el caso de las reformas penales de Perú (2007) y España (2010). En este último país, al igual que en el Perú, se ha discutido si la normativa que incorpora el reconocimiento de la expresa punición del autolavado puede ser aplicable a los actos cometidos por el propio autor del delito fuente con antelación a dicha modificación legislativa. En tal sentido, el artículo 301.1 del CP español fue modificado el 22 de junio de 2010 mediante ley orgánica 5/2010, previéndose que el blanqueo puede ser realizado sobre bienes originados «[...] en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona»; esto es, se reconoció legalmente la represión del blanqueo cometido por el responsable del delito previo. En el marco de las casaciones interpuestas en los emblemáticos casos «Malaya» y «Ballena Blanca», el Tribunal Supremo español se pronunció sobre la discusión formulada por algunos condenados acerca de que no se les debió reprimir por autoblanqueo dado que sus intervenciones en los hechos fueron efectuadas con antelación a la puesta en vigencia de la ley orgánica 5/2010. Contra dichas alegaciones, la Segunda Sala Suprema en lo Penal concluyó que el castigo como autoblanqueo de actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma no constituye una aplicación retroactiva de normas penales desfavorables; sino que ya el autoblanqueo era reprimible incluso antes de tal modificación, al configurarse —en la actuación del interviniente en el delito previo— un concurso real entre este último y el ulterior blanqueo de capitales. Así, en la STS 508/2015 (del 27 de julio de 2015, FJ 33-2.2 y 2.3; ponente: Saavedra Ruiz. Caso «Malaya»), se resolvió que «[...] el delito de blanqueo estaba y sigue ubicado tras la reforma del Código Penal por LO 5/2010, que confirma nuestra línea jurisprudencial partidaria del concurso real [...]. Asimismo, con respecto al castigo del autoblanqueo cabe añadir lo siguiente. La postura de esta Sala al respecto, como hemos visto, no deriva de la nueva redacción que la ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, da al artículo 301 del Código Penal, sino que es muy anterior. En tal sentido, nos habíamos pronunciado, entre otras, además de las citadas más arriba anteriores al año 2006, en STS 449/2006, del 17 de abril; STS 1260/2006, del 1 de diciembre; STS 483/2007, del 4 de junio; STS 148/2008, del 8 de abril; STS 960/2008, del 26 de diciembre; o STS 483/2007, del 4 de junio. Por tanto, como concluimos ante un supuesto y una alegación similar en la STS 974/2012, del 5 de diciembre, el castigo como autoblanqueo de actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma no implica una aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable. [...] Respecto a la supuesta vulneración del principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, hemos de reiterar que el castigo del recurrente como autor de un delito de blanqueo de capitales no implica una aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable. Al respecto ya hemos indicado que la doctrina de esta Sala había proclamado la posibilidad de penar el autoblanqueo mucho antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la ley orgánica 5/2010, del 22 de junio». En efecto, en la STS 974/2012 (del 5 de diciembre de 2012, FJ 28-1; ponente: Berdugo Gómez de la Torre; caso «Ballena Blanca»), sobre la misma

la autonomía sustantiva permite concebir la existencia de un concurso real entre el delito precedente y el posterior lavado de activos<sup>123</sup>, dado que, por lo general, el primero no abarca en su integridad el desvalor de la conducta del segundo. En el lavado de activos no se reprime el agotamiento del delito previo, sino aquellas conductas dotadas de sustantividad propia (descritas en los artículos 1 al 3 DLeg. 1106) efectuadas —incluso por el propio autor o partícipe del delito previo— con la finalidad de evitar la identificación del origen delictivo de los bienes, su incautación o decomiso.

Finalmente, en cuarto lugar, en su contraste con la penalidad del delito precedente, el lavado de activos —dada su «emancipación»<sup>124</sup>— puede conminar inclusive una pena superior al contenerse en su incriminación un bien jurídico diferenciado<sup>125</sup>, por lo que el establecimiento de su penalidad no se encuentra

---

problemática, ya se había resuelto que «[...] el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores en el tiempo no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real [...]».

En suma, los argumentos adoptados por la Corte Suprema peruana —y en un análisis de derecho comparado, lo resuelto por el Tribunal Supremo español— respecto a la represión del autolavado en el Perú con antelación a julio de 2007, nos parecen correctos. En primer lugar, por tratarse de efectos inmediatos de la autonomía sustantiva, al afectarse con el lavado de activos un bien jurídico independiente y diferenciado del delito precedente, se puede construir una relación concursal de dos hechos delictivos distintos cometidos por el mismo autor sin infringirse el *non bis in idem*. Aquel mediante el cual el autor produjo los rendimientos económicos, frente al posterior realizado por sí mismo (conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, transporte, etc.) con el objeto de dificultar la identificación de su origen delictivo, su incautación o decomiso. En segundo lugar, porque con la modificación del artículo 6 *in fine* de la ley 27765 (efectuado por el aludido DLeg. 986), al igual que sucedió en España con la aludida reforma penal de 2010, nuestro legislador no derogó privilegios de impunidad o exoneraciones de responsabilidad que se habrían legislado con antelación a favor del autolavador. A nuestro parecer, únicamente se infringiría la prohibición de irretroactividad desfavorable de aplicarse una ley de reconocimiento expreso de la punición del autolavado en aquellos sistemas jurídicos donde, con antelación a dicha ley, se incorporaron cláusulas de reserva similares a la derogada en la reforma argentina de 2011 *supra* citada («[...] bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado [...]»). Este no es el caso peruano, ya que nuestro legislador, en 2007, no creó una estructura de imputación nueva para el autor del delito precedente respecto a los actos de legitimación efectuados por sí mismo, tampoco incriminó algo que en el pasado no era delictivo. Antes bien, saldó la discrepancia interpretativa de si el autolavado representaba, por un lado, un acto posterior copenado o una situación de inexigibilidad; o, por otro, un hecho típico de lavado sustantivamente autónomo y diferenciable del delito productor de los activos.

123 Córdoba, 2015, p. 69.

124 Berdugo Gómez de la Torre & Fabián Caparrós, 2011, p. 132.

125 STS de la Segunda Sala Penal 1070/2003, de 22 de julio (ponente: Juan Saavedra Ruiz).

justificada o limitada por la del delito previo<sup>126</sup>. En tal sentido, al disponer de un contenido de injusto y de culpabilidad autónomo, su conexión con el delito fuente no fundamenta la penalidad para el autor o partícipe del lavado de activos; por lo que, al no ser un delito accesorio, la pena no depende de la asignada o impuesta al autor o partícipe del delito precedente<sup>127</sup>.

La autonomía sustantiva, aun cuando no se encuentre regulada en nuestra normativa; sin embargo, permite distinguir, por un lado, las fases del proceso de lavado (que, por entrañar cada una de estas un injusto independiente, merecen y necesitan sanción penal) y, por otro, el delito productor de los bienes objeto del ulterior lavado. Son dos conductas distintas que afectan bienes jurídicos independientes, pero que —por imperio de nuestra ley— se encuentran normativamente vinculadas. El «origen ilícito» de carácter delictivo (la categoría del delito fuente) de los bienes constituye uno de los elementos objetivos incorporados en los tipos legales de lavado de activos (artículos 1 al 3 del DLeg. 1106) mediante la cláusula general (artículo 10). Sin embargo, que dicho elemento integre la tipicidad del lavado no lo despoja de «autonomía procesal», antes bien la admite, ya que se pueden iniciar investigaciones por lavado sin que el delito fuente haya sido previamente investigado u objeto de condena (tal como prevé nuestra legislación interna de contenido penal y convencional), aunque durante el desarrollo del proceso deba postularse prueba dirigida a acreditar dicho «origen ilícito (delictivo)».

En el acuerdo plenario 3-2010/CJ-116 (FJ 32), cuyos efectos sobre la normativa vigente constituyen fuente de ineludible referencia, se sostuvo que «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». El criterio de valoración que dicho pronunciamiento entraña es incompatible con el emitido por el Oficio Circular 024-2013-MP-FN-SEGFN, al señalar este último que el lavado de activos «no tiene delito fuente». Sin embargo, la solución a esta divergencia no puede basarse en el argumento formal sobre que el oficio circular se emitió a partir del DLeg. 1106 (mas no así el acuerdo plenario, que se basó en la ley 27765); antes bien, debe realizarse con arreglo a un fundamento material derivado de la interpretación sistemático-teleológica de las disposiciones incriminatorias del lavado con el artículo 10 (en cuanto se hace referencia a las «actividades criminales» idóneas para generar el objeto material).

Es, por tanto, requisito constitutivo de los actos de lavado de activos la existencia del delito fuente, dado que los tipos legales recogen al «origen ilícito» (de contenido

126 Abel Souto, 2005, p. 222.

127 Gómez Iniesta, 1996, p. 48.

delictivo) como elemento objetivo<sup>128</sup>. Los planteamientos que consideran que el delito previo no constituye elemento típico, sin embargo, afirman que solo en el caso de la agravación contenida en el artículo 4, tercer párrafo<sup>129</sup>, del DLeg. 1106 el delito previo constituye elemento del tipo objetivo, adquiriendo relevancia normativa y probatoria. Así, Prado Saldarriaga sostiene que «[...] solo para la configuración de esta agravante específica... constituye presupuesto y requisito indispensable la conexión directa o indirecta de los bienes objeto de los actos de lavado... con, cuando menos, uno de los delitos que de modo taxativo señala el párrafo tercero del artículo 4. Por lo cual, igualmente, la prueba suficiente de esa relación se convierte en una exigencia procesal ineludible»<sup>130</sup>. En idéntico sentido, señala Páucar Chappa que el delito fuente «solo alcanza relevancia penal cuando es requerido para la circunstancia agravante del segundo párrafo del artículo 4 [...] donde sí resuelta necesario el conocimiento del agente de los delitos precedentes enunciados allí taxativamente»<sup>131</sup>.

Se aprecia de la postura citada que el delito fuente debe ser probado (es exigencia procesal ineludible) solo cuando constituya la agravante citada, no así cuando configure el tipo base. Sin embargo, no puede pasarse por alto que, tanto la estructura típica del delito base —en cualquiera de sus modos de ejecución— como la modalidad de agravación, tienen los mismos elementos objetivos (salvo la circunstancia agravante basada en la cualificación del delito previo). Dado que el artículo 4, tercer párrafo, no establece ninguna modalidad de conducta específica (solo alude a que «cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de [...]», será incrementada la penalidad), dicha norma debe ser interpretada remitiéndose a los comportamientos tipificados en los artículos 1 al 3. Por lo que, al tener la misma estructura legal, en uno y en otro caso el delito fuente debe ser debidamente probado. Caso contrario, el principio de no contradicción se vería vulnerado ya que, ante una misma estructura típica, se tendría el deber (modalidad agravada) —y, a la vez, el no deber (tipo base)— de probar al delito fuente como exigencia procesal ineludible<sup>132</sup>.

---

128 Gálvez Villegas, 2014, p. 88; García Cavero, 2013, p. 96; Caro Coria, 2012, p. 206; Caro John, Tiedemann, Abanto Vásquez & Mayhua Quispe 2012, p. 156; Hinostroza Pariachi, 2009, p. 142; Castillo Alva, 2009, p. 340; Blanco Cordero, 2012, pp. 273-274; Aránguez Sánchez, 2000, p. 187; Fabián Caparrós, 1998, p. 291.

129 Artículo 4, tercer párrafo (DLeg. 1106): «La pena privativa de libertad será no menor a 25 años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas».

130 Prado Saldarriaga, 2013, p. 263.

131 Páucar Chappa, 2013b, p. 64.

132 Incluso sostiene Tomás Gálvez que: «Este criterio, obviamente, no nos parece adecuado, puesto que en todos los casos de lavado de activos debemos determinar una vinculación de los activos

El análisis del artículo 10, párrafo primero, permite con claridad identificar a la autonomía procesal de la investigación y procesamiento del lavado de activos (respecto a la investigación que pueda o no iniciarse —o se haya iniciado— sobre el delito previo). Sin embargo, en dicho precepto legal no se establece ninguna cláusula facultativa que legitime —a favor del órgano de persecución o juzgamiento— la exclusión o el relajamiento del deber funcional tanto de postular (a través de elementos de convicción), probar (mediante actos de prueba en el juicio oral) como de valorar (en fase judicial decisoria) el «origen ilícito» de contenido delictivo (la categoría del delito fuente) que constituye uno de los elementos objetivos de los tipos legales de lavado (artículos 1 al 3 del DLeg. 1106). En ninguno de los párrafos del artículo 10 aludido se recoge alguna cláusula de renuncia a la acreditación o prueba del «origen ilícito» delictivo (o delito fuente) al interior del procesamiento por lavado de activos, con lo cual se concluye que en nuestro sistema no existe la incorporación legal de la «autonomía sustantiva».

Sin embargo, a pesar de no encontrarse prevista la autonomía sustantiva en el DLeg. 1106, se ha pretendido derivarla, *contra legem*, de esta. Así, el Oficio Circular 024-2013-MP-FN-SEGFN cita expresamente el artículo 10 del DLeg. 1106 (el extremo relativo a la autonomía procesal) incorporando indebida y exprofesamente una puntual referencia a la (no regulada) autonomía sustantiva, señalando: «conforme a lo establecido en el artículo 10... el lavado de activos es un delito autónomo, y **no tiene delito fuente** por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario [...]» (resaltado nuestro). Un elemental cotejo comparativo entre la norma aludida y el oficio citado permite constatar que el legislador no ha señalado que el lavado de activos «no tiene delito fuente»; sino únicamente que, para fines de su investigación o procesamiento, no es necesario que se cumplan previos y determinados requisitos de contenido procesal. Por tanto, la aseveración de la secretaria de la Fiscalía de la Nación, incorporada en dicho oficio circular, indebidamente y contra el texto legal, lleva al equívoco de considerar que en nuestra legislación se recogería alguna referencia a la autonomía sustantiva. Esto es, que el lavado de activos no tendría delito fuente. Sin embargo, nuestra normativa, compatible con el tratamiento internacional de este fenómeno delictivo, únicamente se limita a referir que, «para la investigación y procesamiento» (autonomía procesal) de una imputación por lavado de activos, no es indispensable que la actividad criminal productora de los bienes se encuentre sometida a investigación o haya sido objeto de condena. Se aprecia en definitiva que, para nuestro derecho positivo, únicamente se prevé la autonomía

---

material del lavado con alguna de las actividades criminales previas; y, claro, si estas [...] fueran minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas, estaremos en el supuesto agravado».



procesal, indispensable para la investigación o juzgamiento del lavado, no así la autonomía sustantiva.

## **D. La prueba del delito fuente**

### ***1. Sede procesal de su probanza***

La acreditación de los elementos objetivos del lavado de activos (entre estos, el delito fuente) depende en buena medida del empleo de prueba indiciaria<sup>133</sup>. En esta clase de actividades delictivas, fundamentalmente vinculadas al crimen organizado, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal de lavado de activos, fundamentalmente el delito fuente, deberá ser inferida —sobre la base de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten establecer conclusiones a partir de premisas determinadas— de los datos externos y objetivos acreditados<sup>134</sup>.

Los componentes de toda imputación por el delito de lavado de activos, en las diversas fases de concreción del objeto procesal (formalización de investigación preparatoria, acusación fiscal, requisitoria o acusación complementaria), que —entre otros— deben constituirse como objeto de prueba, son: la concurrencia del sujeto activo, de los activos típicos descritos en los artículos 1 al 3, del origen ilícito delictivo («actividades criminales», según prevé el artículo 10), el dolo y el elemento subjetivo del injusto. Dichos elementos estructuran el injusto típico del lavado de activos en su tipo base (las modalidades previstas en los artículos 1 al 3) como en su modalidad agravada por razón del delito fuente (artículo 4, segundo párrafo, el cual alude que los bienes procedan de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas).

Un sector de la doctrina nacional señala que únicamente en el tipo agravado (artículo 4, segundo párrafo) el delito fuente adquiere relevancia penal. Al respecto, señala Prado Saldarriaga, que este:

[...] es el único caso en la legislación penal peruana contra el lavado de activos, donde el delito fuente o precedente adquiere relevancia normativa y probatoria. En efecto, solo para la configuración de esta agravante específica de segundo grado o nivel, constituye presupuesto o requisito indispensable la conexión directa o indirecta de los bienes objeto de los actos de lavado... con cuando menos uno de los delitos que de modo taxativo señala el párrafo tercero

---

133 Miranda Estrampes, 2011, p. 10; García San Martín, 2015, p. 3.

134 Aránguez Sánchez, 2000, pp. 200-201; Del Carpio Delgado, 1997, p. 297.

del artículo 4. Por lo cual, igualmente, la prueba suficiente de esa relación se convierte en una exigencia procesal ineludible [...] <sup>135</sup>.

En la misma línea, Páucar Chappa asevera que el delito fuente «solo alcanza relevancia penal cuando es requerido para la circunstancia agravante del segundo párrafo del artículo 4» <sup>136</sup>. Ambos autores admiten la exigencia procesal de prueba suficiente para acreditar el delito fuente que motiva dicha agravación. Sin embargo, desde la perspectiva del principio lógico de no contradicción <sup>137</sup>, no es posible concebir que el deber exigido para un caso no lo sea para el otro. No podemos compartir el razonamiento que sostiene que para el tipo agravado se requiere probar el delito fuente, pero no para el tipo base. El Ministerio Público, por tanto, tiene el deber de fundamentar en su imputación la concurrencia de uno de los hechos que conforman el objeto de prueba: el origen ilícito delictivo o delito fuente. Lo cual no depende del tipo de procedencia delictiva del objeto material; esto es, de si se trata del tipo agravado sí corresponde la postulación de prueba sobre el delito previo y no si se trata del tipo base. El deber de sustentar la procedencia delictiva de los bienes es el mismo en el tipo base como en el agravado.

Pese a encontrarse próximo a los planteamientos postulados por estos autores, Gálvez Villegas —con respecto a la comprensión que el delito previo adquiere relevancia penal únicamente en el caso de la agravante aludida— sostiene que:

[...] este criterio obviamente no nos parece adecuado, puesto que en todos los casos de lavado de activos debemos determinar una vinculación de los activos materia del lavado con algunas de las actividades criminales previas; y, claro, si estas actividades previas fueran minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas, estaremos ante el supuesto agravado <sup>138</sup>.

No se trata de ser garantistas sin razones materiales, sino antes bien —cuando corresponda— nuestro planteamiento blindará la posición del Ministerio Público de cara a la eventual formulación de un requerimiento acusatorio. No postular debida y suficientemente la concurrencia del origen delictivo de los bienes (el delito fuente) en la acusación es tan aflictivo de derechos fundamentales del acusado —pues el aparato estatal continuaría la persecución penal sin suficiente base probatoria— como contraproducente desde una perspectiva estratégica. La acusación, por el solo hecho de ser un tipo de requerimiento fiscal, debe ser formulada de manera

---

135 Prado Saldarriaga, 2013, p. 263.

136 Páucar Chappa, 2013a, p. 64.

137 Bernal Pulido, 2009, p. 392.

138 Gálvez Villegas, 2014, p. 88.

«motivada y específica» (a tenor del artículo 64, inciso 1, del NCPP). Más aún, el requerimiento acusatorio, por tratarse del fundamento de la pretensión penal, tiene como requisito que condiciona su eficacia procesal (a debatirse durante la etapa intermedia), que describa de modo circunstancial, preciso, concreto y claro los hechos<sup>139</sup> que —por ser los atribuidos o imputados, de acuerdo a lo previsto en el artículo 349, inciso 1, literal b, del NCPP— se subsumen en cada uno de los elementos constitutivos del tipo legal. Entre estos, fijar como objeto de prueba el origen delictivo de los bienes, tanto como debe efectuarse respecto a los otros elementos típicos del delito de lavado de activos. De esta forma, se permite al acusado dirigir debidamente la actividad probatoria de descargo en este extremo, cumpliéndose los estándares mínimos del principio de imputación necesaria, cuyo vigor rige tanto para el procesamiento de la criminalidad común como para los casos de delitos complejos o no convencionales.

Entre las diversas consecuencias de la autonomía procesal reconocidas por el artículo 10 del DLeg. 1106, el legislador señala que, para la investigación o procesamiento del lavado de activos, «no es necesario» que las actividades criminales que produjeron el objeto material «hayan sido «*previamente* objeto de prueba o de sentencia condenatoria» (resaltado nuestro). Debe aclararse que cuando sostenemos que el origen delictivo de los activos —la actividad criminal que los produce— debe ser incorporado en el «objeto de prueba» postulado en la acusación del lavado, no se está proponiendo una interpretación contraria al texto legal; sino, por el contrario, es compatible con el mismo tenor. ¿Cómo sustentar que la «procedencia delictiva de los bienes» (o instituto del delito fuente) debe ser incorporada al objeto de prueba establecido en la acusación por lavado (dada su condición de elemento objetivo del tipo)? En apariencia, la ley lo impediría, pues establece que no es necesario que las actividades criminales hayan sido «objeto de prueba». ¿Cómo proponer que, por el contrario, sí lo sean, tanto más que se les incorpore en el objeto de prueba del lavado?

---

139 Con respecto al NCPP, en el acuerdo plenario 6-2009/CJ-116 (del 13 de noviembre de 2009, FJ 7) se sostuvo: «[...] la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado [...], con mención fundamentada del resultado de las investigaciones [...] Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral [...]». En similar sentido, en relación con el CdPP, en el acuerdo plenario 4-2007/CJ-116 (del 16 de noviembre de 2007, FJ 6), se sostuvo que: «El artículo 225 del CdPP, literal 2, establece que el escrito de acusación que formule el fiscal debe contener la descripción de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del CP. Esa descripción es el límite o marco de referencia del juicio oral, a la que el Fiscal en la correspondiente fase decisoria —luego de la fase probatoria propiamente dicha del mismo— deberá ceñirse cuando formule acusación oral».

La respuesta a la cuestión se desprende de los términos estrictos de la ley. Cuando esta hace referencia al objeto de prueba fijado «previamente», su finalidad de restricción únicamente está dirigida al objeto de prueba establecido en el proceso penal del delito precedente, no al procesamiento por lavado de activos. En efecto, como establece el artículo 10, para investigar o procesar el lavado no se necesita que el procesamiento del delito fuente se encuentre en una etapa de fijación del objeto de prueba (menos aún que exista una condena previa). Sin embargo, la ley no impide que sea en el mismo proceso del lavado de activos que se establezca a la «procedencia delictiva de los bienes» como parte sustancial del objeto de prueba. Antes bien, lo habilita plenamente y es una exigencia constitucional impuesta por el principio de imputación necesaria y de inocencia. La ley únicamente precisa que no es necesario que el delito fuente haya sido objeto de prueba (o condena) en su respectivo y anterior procesamiento, ajeno al del lavado («no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero [...] hayan sido *previamente* objeto de prueba o de sentencia condenatoria»; resaltado nuestro). La norma no impide, por el contrario, que el delito fuente sea fijado como objeto de prueba en el mismo proceso del lavado.

Siendo que el objeto penal del proceso es fijado y delimitado gradualmente por la Fiscalía hasta su perfeccionamiento definitivo en el requerimiento acusatorio, sostenerse que el lavado de activos «no tiene delito fuente» (como indebidamente señala el Oficio Circular 024-2013-MP-FN-SEGFN<sup>140</sup>) o decidirse

140 El oficio circular 024-2013-MP-FN-SEGFN señala que «conforme a lo establecido en el artículo 10 del DLeg. 1106 [...], el lavado de activos es un delito autónomo, y no tiene delito fuente, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que [...]» (resaltado nuestro). En este punto citado del oficio circular, se transcribe expresamente el texto del artículo 10 referido; sin embargo, se ha incorporado —sin que se desprenda en lo absoluto de dicha norma— que el lavado de activos «no tiene delito fuente». Si bien este hecho es en sí mismo cuestionable, porque en el oficio circular se le da —*ex profeso*— a la norma una forma que su texto claro y expreso no tiene, haciéndola aparentar como si la tuviera. Ni en el aludido artículo 10 ni en el íntegro del DLeg. 1106 aparece la frase «no tiene delito fuente», como respecto al primer supuesto refiere el mencionado oficio. No obstante, más grave aún es el objeto de este documento administrativo; ya que, basado en la presunta ausencia del delito fuente en el lavado, la secretaría de la Fiscalía de la Nación se dirige a los fiscales presidentes de juntas de fiscales superiores a fin que «se sirvan instruir a los señores fiscales a cargo de las investigaciones sobre lavado de activos de cada uno de sus Distritos Fiscales, con la finalidad que se dé estricto cumplimiento a dicha norma, bajo responsabilidad de comunicar a las Fiscalías Desconcentradas de Control Interno la no observancia de la misma». Por tanto, lo que en rigor se está requiriendo bajo amenaza de denuncias administrativas es que se aplique el citado artículo 10; ya que, según dicha norma, supuestamente «el delito de lavado [...] no tiene fuente». Esta estrategia reciente del Ministerio Público no toma en lo absoluto en consideración no solo que la norma no expresa lo que —indebidamente— la secretaría de la Fiscalía de la Nación le atribuye expresar, sino que admitirá denuncias o promoverá inves-

estrategias persecutorias sin la debida determinación y acreditación —dependiendo del momento procesal, mediante elementos de convicción suficientes o actos de prueba— del «origen ilícito» de contenido delictivo (el delito fuente), como viene proponiendo el aludido sector doctrinal, puede entrañar el efecto contraproducente de conducirse la posición del Estado sin consistencia durante la etapa intermedia o el juicio oral. Siendo que las actuaciones del Ministerio Público son de carácter postulatorio, renunciar a sustentar la concurrencia de la procedencia delictiva que caracteriza a los bienes objeto de lavado, tendrá por efecto contraproducente —a nuestro juicio— que las acusaciones presenten debilidades por infracción de los deberes fiscales procedentes de los artículos 64, inciso 1<sup>141</sup>, y 349, inciso 1<sup>142</sup>, del NCPP.

---

tigaciones —como viene ya sucediendo— por meras situaciones patrimoniales injustificadas. Esto no constituiría objeto de mayor preocupación o debate si no fuere por el hecho que, desde la perspectiva sustantiva, situará a múltiples investigados por lavado de activos ante un contexto de posible comisión del delito periférico previsto en el artículo 6 del DLeg. 1106, en caso rehúse u omita (por considerarlo como expresión de su derecho a la no autoincriminación) o retarde el suministro de información (económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que la autoridad competente le requiera) en las investigaciones o juzgamientos por lavado. Por otra parte, desde la perspectiva procesal, podría motivar investigaciones o procesos en los cuales, por no determinarse la procedencia delictiva de los bienes objeto del ulterior lavado, nos encontremos frente a supuestos de nulidades insubsanables por vulneración de derechos fundamentales, especialmente instrumentales del derecho de defensa y el debido proceso (conocimiento detallado de la imputación, al contradictorio, la proscripción de la sospecha permanente, la interdicción de la inquisitio generalis, etc.). Lo cual, desde la perspectiva estratégica, tendrá efectos contraproducentes para el sistema persecutorio mismo por intentar conducir al juicio oral causas sin la debida atribución y sustento probatorio del elemento típico de la procedencia delictiva (o delito fuente) y, con ello, la subsiguiente probabilidad de perderse, además del juzgamiento (o audiencia de control de acusación), los siempre escasos recursos con que cuentan nuestras instituciones.

141 Artículo 64, inciso 1, del NCPP (disposiciones y requerimientos): «El Ministerio Público formulará sus [...] Requerimientos [...] en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores».

142 Artículo 349, inciso 1, del NCPP (contenido de la acusación): «La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

- a) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
- b) **La relación clara y precisa del hecho que se atribuye** al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
- c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
- d) La participación que se atribuya al imputado;
- e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren;
- f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;
- g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo [...]» (resaltado nuestro).

Nuestra legislación —tanto la de carácter penal como la de naturaleza convencional—, de forma compatible con la normativa internacional de la que procede, en efecto no exige que el delito fuente se encuentre probado mediante sentencia previa o sometido a investigación o proceso paralelo (al que motiva el lavado de activos). Sin embargo, nuestra regulación tampoco impide que la procedencia delictiva de los bienes pueda discutirse y probarse al interior del mismo procesamiento del lavado de activos.

En efecto, como lo reconoce la Corte Suprema, la prueba indirecta o indiciaria será la idónea para acreditar la procedencia delictiva de los bienes. Por lo que, al no existir —ni en el DLeg. 1106 ni en norma alguna— limitación legal o restricción procesal para que el delito fuente (su debida incorporación al objeto procesal, su debate, producción y la ulterior valoración de su concurrencia junto al de los otros elementos típicos) sea objeto de prueba al interior del procesamiento por lavado de activos, razones derivadas de garantías y derechos fundamentales (como el debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia), imponen que, en la sustanciación del proceso por lavado, dicho elemento típico encuentre su sede probatoria. Si bien la autonomía procesal —de acuerdo a lo previsto en el artículo 10, primer párrafo, del DLeg. 1106— permite la «investigación y procesamiento» de los actos de lavado de activos sin que sea necesaria la previa condena o investigación del delito fuente; sin embargo, dicha norma no habilita o legitima regla alguna dirigida a renunciar a probar el delito fuente en el interior del proceso por lavado.

La autonomía sustantiva no es incompatible con la estructura del tipo objetivo que incorpora al delito previo como uno de sus elementos objetivos. De modo tal que, en el tipo base (artículos 1 al 3), se establece como elemento típico al «origen ilícito» (cuyo contenido «delictivo» claramente se desprende del artículo 10, segundo párrafo, y cuya característica de «ilicitud» viene dada por su contrariedad al ordenamiento jurídico, pues ha de tratarse de un ilícito penal). No hay tipicidad del lavado cuando los activos carecen de origen delictivo, sea que estos tengan procedencia lícita o que no se haya probado su procedencia delictuosa. No es que para condenar al imputado por lavado de activos se requiera de la previa y firme condena del delito previo (de acuerdo a lo establecido por nuestro derecho positivo) en un proceso paralelo o anterior. Sino que, para que arribar a una decisión condenatoria en el delito de lavado de activos, por imperativo de la regla probatoria del principio de presunción de inocencia, es indispensable que la actividad probatoria de cargo se haya dirigido a acreditar en grado de suficiencia (cuando menos mediante prueba indiciaria), entre los otros elemento típicos, al «origen ilícito» de contenido delictivo (tal como prevé el artículo 10 segundo párrafo, la denominada categoría del delito fuente).

Siendo que el origen de los bienes, su carácter delictivo, forma parte de los hechos constitutivos de toda imputación por lavado —su condición de elemento típico es indubitable—, dicho origen debe ser indefectiblemente incorporado en el objeto de prueba, progresivamente delimitado en la acusación (tal como se desprende del artículo 156, inciso 1, del NCPP). Por tanto, el órgano jurisdiccional que emita la sentencia condenatoria del proceso penal por lavado de activos tiene el deber irrenunciable de fundamentar —dentro de los estándares constitucionales de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales— su decisión acerca de encontrarse probada la procedencia criminal del dinero, bienes, efectos o ganancias objeto de lavado. Luego de haberse postulado en el requerimiento acusatorio y debatido en el juicio, el «origen delictivo» (de los activos) constituye uno de los aspectos estructurales de la sentencia condenatoria por lavado. La exigencia constitucional de motivación de la prueba del origen delictivo de los activos será la misma tanto en los casos —menos dificultosos— que exista la previa sentencia del delito precedente, como cuando este no haya sido previamente procesado o su procesamiento haya concluido con una decisión de archivamiento fiscal o de sobreseimiento (basada, por ejemplo, en la no identificación del autor del delito previo, en cuestiones derivadas de la inmunidad del investigado o algunas de las causales de inculpabilidad, de exculpación o de extinción de la acción penal, previstas en los artículos 20 y 78 del CP, respectivamente).

Es indispensable, por las consideraciones constitucionales referidas, que antes se haya informado al imputado debidamente en la acusación sobre que en su causa concurre cada uno de los elementos del tipo (base o gravado) del lavado, entre estos, el «origen delictivo». La intimación de la procedencia delictuosa constituye exigencia derivada del derecho a ser informado de los términos de la acusación y debe ser objeto del contradictorio en el juicio oral.

La emisión de la decisión condenatoria por lavado de activos implica que el origen delictuoso (o precedente de la actividad criminal previa, elemento típico que da contenido a los artículos 1 al 3, interpretado conjuntamente con el artículo 10 del DLeg. 1106) ha sido probado más allá de toda duda razonable<sup>143</sup>, cuando menos mediante prueba indiciaria, operación argumentativa que puede efectuarse en la fase decisoria del mismo proceso por lavado de activos, basada en la prueba producida en el juicio correspondiente<sup>144</sup>. En los casos donde el delito fuente ha sido probado en un proceso penal iniciado paralelamente al del lavado o concluido con anterioridad a su inicio (mediante condena firme), sitúan la prueba de este elemento típico (el delito fuente) en una posición de menor dificultad, aunque con la misma exigencia y rigor de motivación.

---

143 Del Carpio Delgado, 2015, pp. 695-696.

144 Miranda Estrampes, 2011, pp. 10-11; García San Martín, 2015, pp. 3-4.

## 2. Prueba indiciaria

La acreditación de los elementos típicos del lavado de activos exige cuando menos la concurrencia de indicios sólidos y concluyentes que permitan inferir, más allá de toda duda razonable, la procedencia delictiva de los bienes, la intervención del imputado en los hechos atribuidos como conductas típicas de lavado y los elementos subjetivos derivados del tipo de injusto. En los supuestos más simples, aunque menos frecuentes, las «actividades criminales» precedentes al lavado de activos (el delito fuente) pueden encontrarse probadas mediante sentencia previa, aunque ello no constituye una exigencia procesal —de carácter prejudicial— que se derive de nuestro derecho positivo o del *hard* o *soft law*. Tal es así que el artículo 9, inciso 5, de la Convención de Varsovia (convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, del 16 de mayo de 2005) señala que «cada (Estado) Parte garantizará que pueda imponerse una condena por blanqueo de dinero sin necesidad de una condena previa o simultánea por el delito principal»<sup>145</sup>.

La garantía de la presunción de inocencia, en su contenido de regla de prueba, exige que el Ministerio Público asuma la carga procesal de postular y probar la procedencia delictiva de los bienes (o delito fuente), al tratarse esta de un elemento típico incorporado en los artículos 1 al 3, concordados con el artículo 10, del DLeg. 1106. En el mismo sentido, sostiene el GAFI —en su nota interpretativa de la recomendación 3— que: «4) [...] Al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante». Esta última disposición evidencia con claridad la necesidad de probar la procedencia criminal de los activos. El GAFI, luego de resaltar la no necesidad de una condena por el delito fuente, reconoce la exigencia de la prueba del origen criminal (de los activos), con lo que el único camino posible es que el origen delictuoso (o delito fuente) sea debida y suficientemente probado al interior del proceso penal por lavado de activos<sup>146</sup>.

En efecto, la Fiscalía encargada de la investigación del presunto lavado tiene el deber funcional de postular la concurrencia de la procedencia delictiva de los activos y reunir los elementos de convicción suficientes que le permitan acreditar dicho elemento típico durante la fase correspondiente del proceso penal. Del mismo modo, el órgano de juzgamiento y decisión tiene la obligación de

145 Abel Souto, 2011, p. 73.

146 Durrieu Figueroa, 2013a, p. 2; Blanco Cordero, 2012, p. 330; Caro Coria, 2012, p. 202. Por su parte, García Caveró (2013, p. 117) considera que, para evitar un procesamiento penal arbitrario por lavado, el delito fuente debería comenzarse a investigar «junto con el delito de lavado de activos». En desacuerdo, véase Gálvez Villegas, 2014, p. 91.



examinar la prueba producida conducente a la debida probanza, más allá de toda duda razonable, este extremo de la imputación por lavado de activos. Es decir, el tribunal está obligado a valorar la prueba producida incluso en el extremo de la concurrencia del delito fuente; el cual, al igual que los demás elementos constitutivos del injusto del lavado, debe ser acreditar con prueba de cargo suficiente. Basta la prueba indiciaria, no así las meras presunciones o conjeturas de un «posible nexo delictivo», cuya inobservancia vicia de nulidad insubsanable la eventual sentencia condenatoria a la que se arribe, por afectar sensiblemente —entre otros derechos fundamentales— la garantía de la presunción de inocencia (su contenido de regla probatoria). Esto es también predicable en aquellas acusaciones fiscales caracterizadas por su renuncia a postular la concurrencia de este elemento del tipo penal (la procedencia delictiva de los bienes) mediante evidencia de cargo concluyente.

Dado el perfeccionamiento del objeto procesal en la acusación, durante la fase de investigación el fiscal tiene el deber de postular (aunque no en la misma dimensión que la exigida para formular un requerimiento acusatorio) la procedencia delictiva de los activos. No se trata de presentar al delito fuente en la más absoluta plenitud de detalles y calificación jurídica; sino que, al tratarse de un elemento típico (por tanto, objeto de investigación y de prueba), existe la obligación de acreditar —al menos con prueba indiciaria— la concurrencia de los aspectos generales del delito fuente en el propio proceso penal por lavado de activos<sup>147</sup> que permitan sostener la atribución del carácter delictivo a los bienes.

La Corte Suprema, mediante precedente vinculante (RN 1912-2005, Piura, del 16 de septiembre de 2005, FJ 4), estableció, respecto a los «indicios», que: «(a) **el hecho base ha de estar plenamente probado** por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; (b) **deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa**; (c) también **concomitantes** al hecho que se trata de probar [...]; y, (d) **deben estar interrelacionados**, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia [...]» (resaltado nuestro). Entre los indicios más relevantes, los que han sido puestos de relieve en el acuerdo plenario 03-2010/CJ-116 (FJ 34), se tienen:

- Los **indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado**. La casuística aquí identifica a la adquisición de inmuebles y bienes en general sin que se justifique ingresos lícitos que expliquen las referidas adquisiciones o compras de bienes.

---

147 Durrieu Figueroa, 2013a, p. 328-329.

- Los **indicios relativos al manejo de cantidades de dinero**. Esto es, debe valorarse la tenencia o administración de dinero en elevadas cantidades, así como el empleo de testaferos y de cuentas bancarias en diferentes países distintos al de residencia del titular de las mismas. Entre estas actividades se tienen, por ejemplo, la posesión, el traslado o transporte de dinero en efectivo —incluso títulos valores al portador— en sumas importantes cuya procedencia no puede ser justificada. Así también, representará este tipo de indicios las transferencias de dinero que puedan efectuarse hacia paraísos fiscales.
- El **indicio de la ausencia o notoria insuficiencia de negocios o actividades económicas lícitas** «que justifiquen razonablemente el incremento patrimonial» o las «transmisiones» dinerarias efectuadas por el imputado como presunto autor de lavado de activos.
- El **indicio de oportunidad o vinculación para delinquir**. Este se basa en la evidencia de relaciones o vínculos del imputado, sea con las actividades delictivas previas o con las personas o grupos relacionados con dichos actos criminales. Ese vínculo o conexión (contactos personales, prestamos de vehículos, amistad con condenados) deberá evaluarse si, durante el tiempo de duración de dicho vínculo o conexión con las actividades delictivas o con tales personas, se constata un aumento injustificado de patrimonio o la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen su aumento<sup>148</sup>.

---

148 Tal como ha puesto de relieve la jurisprudencia española, en la STS 91/2014 (del 7 de febrero de 2014, emitida por la sala segunda en lo penal, FJ 4), acerca de la forma en que debe analizarse la prueba indiciaria en el blanqueo de capitales y los parámetros e indicios que deben ser considerados, la doctrina de esta sala se inicia en la STS 755/1997 (de 23 de mayo), y se reitera en las sentencias ya clásicas STS 356/1998 (del 15 de abril), STS 774/2001 (del 9 de mayo) y STS 2410/2001 (del 18 de diciembre), que señalaban lo siguiente: «En los supuestos en que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes [...], los indicios más determinantes han de consistir: (a) en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; (b) en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, (c) en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas». En el mismo sentido, en su FJ 5 sostuvo «en la doctrina más moderna de esta sala se sigue el mismo criterio, reiterando por ejemplo la STS 578/2012 (del 26 de junio), que una muy consolidada jurisprudencia [...] ha consagrado un triple pilar indiciario sobre el que puede edificarse una condena por el delito de blanqueo de capitales procedentes de delitos contra la salud pública: (a) Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas. (b) Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos. (c) Vinculación con actividades

- El **indicio de mala justificación**. Esto es, la falta de explicación razonable del investigado o acusado acerca de sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. No debe, sin embargo, considerarse a esta ausencia de explicaciones razonables del imputado como un único indicio que soporte una acusación por lavado de activos o motive una eventual condena. El valor probatorio atribuible al silencio del acusado o a la inverosimilitud de su relato o coartada es —como destaca Miranda Estrampes— «meramente argumentativo». En la medida que su valor está limitado al reforzamiento de la inferencia sobre la intervención del acusado, obtenida a partir de los indicios que, en grado de solidez y suficiencia, deben ser postulados por la acusación. Las explicaciones que el imputado ofrezca sobre el origen de los bienes que se caractericen por su debilidad o inverosimilitud no deben ser empleadas ni como un criterio de relajación probatoria para la acusación, ni como un mecanismo de reducción del estándar de prueba incluso para un procesamiento por delitos no convencionales como el lavado de activos<sup>149</sup>. Por tanto, la debilidad o inexistencia de una explicación alternativa o razonable del imputado, acerca de la procedencia de los activos, solo se limita a reforzar o consolidar la inferencia a la que el juzgador ya ha arribado sobre su intervención. Esto es, se restringe a «robustecer la racionalidad y conclusividad de la inferencia de participación alcanzada por el Tribunal sobre la base de un cuadro indiciario lo suficientemente rico y sólido y, a su vez, plenamente acreditado»<sup>150</sup>.

## E. Determinación legal del delito fuente

Nuestro legislador, coherente con las propuestas de incriminación del lavado de activos dirigidas por los instrumentos internacionales, así como con las directrices

---

de tráfico ilícito de estupefacientes. Que es el mismo arsenal indiciario ya señalado en la citada clásica STS 755/1997 (de 23 de mayo)». Finalmente, en su FJ 6, precisa que los indicios más habituales en esta clase de delitos son: «(a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado. (b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas. (c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto. (d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico. (e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones. (f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales. (g) La existencia de sociedades “pantalla” o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas».

149 Jiménez García, 2015, pp. 162-163.

150 Miranda Estrampes, 2011, p. 12; García San Martín, 2015, p. 18.

emitidas para su ulterior reforma, fue convenientemente ampliando el delito fuente más allá de los actos de narcotráfico. En nuestro ordenamiento penal, el legislador no ha empleado un sistema taxativo (o de *numerus clausus*) que determine legalmente un catálogo de posibles delitos fuente, tampoco criterios de remisión a una determinada categoría (por ejemplo, que el delito previo solo pueda estar constituido por «delitos graves» o únicamente vinculados al crimen organizado) ni un sistema mixto (que combine ambos criterios), aunque se aproxima a este último.

Antes bien, tal como ha sido reconocido por el acuerdo plenario 3-2010/CJ-116 (FJ 30):

[...] los denominados «delitos fuente» han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares —obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada— que generen ganancias ilegales —su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso—, con excepción del delito de receptación.

La derogada ley 27765 (en su artículo 6, segundo párrafo) establecía que el delito fuente abarcaba —además de los expresamente enumerados ejemplificativamente en dicho precepto— a «otros “similares” que generen ganancias ilegales». Por tanto, tal como se puso de relieve en la doctrina que comentó la ley derogada<sup>151</sup>, esta norma exigiría una «relación de similitud» mediante la cual se excluía del ámbito del delito fuente, por un lado, aquellos actos criminales que no fueren especialmente graves o sean sancionados con penas significativas (a pesar que pudieran tener idoneidad para generar ganancias ilícitas) y, por otro, a los que, siendo graves, no tuvieran aptitud para producir el objeto material. En este extremo, la técnica legislativa ha mejorado con el DLeg. 1106, en cuyo artículo 10, segundo párrafo, reformula de la cláusula general sobre el delito fuente y extiende su criterio de determinación legal a «cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales»; esto es, al margen de su gravedad o de su vinculación con el crimen organizado.

En tal sentido, con excepción de la receptación (artículo 194 del CP), aunque no excluyendo a los hechos delictivos previos del precitado delito<sup>152</sup>, la nueva

---

151 Caro John, 2010b, p. 159; Toyohama Arakaki, 2010, p. 23.

152 Gálvez Villegas, 2014, p. 114; Caro Coria, 2012, pp. 205-206. No está, sin embargo, comprendida en la norma restringir el carácter de delito fuente a la «receptación aduanera», previsto en el artículo 6 de la ley 26008 (denominada «Ley penal aduanera»), tanto más si esta

regulación extiende como posibles delitos fuente a todos aquellos que, sin advertirse a su gravedad material (dañosidad social) o su conminación penal, tengan aptitud para generar las utilidades de origen delictivo. Por tanto, queda esclarecido que el hecho precedente debe constituir un delito (una actividad criminal), excluyéndose las faltas y las ilicitudes extrapenales. En este concepto se abarca, inclusive, a los delitos imprudentes u omisivos, en tanto produzcan ganancias o rendimientos individualizables. Se encuentra, así también, reconocido el lavado de activos que recae sobre bienes producidos por previos actos de lavado; esto es, se acepta la existencia el lavado de activos en cadena<sup>153</sup>.

El contexto internacional de lucha contra el lavado de activos de la actualidad no busca criminalizar actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, o transporte de bienes que se efectúen sobre bienes procedentes de ilicitudes generales u orígenes ilícitos no delictivos<sup>154</sup>. Por ello, no es de compartirse el análisis de legislación comparada que efectúa Páucar Chappa sobre lo que denomina sistema de «tipificación inclusiva», por el cual el delito fuente sería elemento típico únicamente si se encontrara expresamente incorporado en el precepto legal y bajo referencia directa a determinados delitos. Este autor considera que las legislaciones de Alemania, Italia, Uruguay, Colombia y Chile constituirían expresión del sistema aludido, ya que emplearían «una técnica legislativa que comprende al delito precedente como un elemento objetivo del tipo penal en forma expresa y bajo la referencia “directa” de determinados delitos previos. Por lo tanto, este conjunto de sistemas normativos no han seguido las recomendaciones básicas brindadas por los organismos internacionales, tales como el GAFI»<sup>155</sup>.

Sin embargo, del texto de las 40 recomendaciones del GAFI (en la última actualización de febrero de 2012), concretamente en la nota interpretativa de la 3ª recomendación, se desprende antes bien lo contrario. El GAFI brinda lineamientos expresos acerca del delito fuente y las técnicas legislativas que deben emplear los Estados para incorporarlo en sus tipificaciones penales. Así, sobre la tipificación legal del delito fuente en los Estados, este instrumento de *soft law* señala:

---

tipología de delitos se encuentra recogida en el catálogo ejemplificador de los delitos previos del artículo 10, segundo párrafo, del DLeg. 1106.

153 Díaz-Maroto y Vallejo, 2011, p. 470; Blanco Cordero, 2015, pp. 431-432; Del Carpio Delgado, 1997, p. 137-138; Aránguez Sánchez, 2000, p. 200; Martínez-Buján Pérez, 2013, p. 256; Palma Herrera, 2000, p. 328; Barral, 2003, p. 186; Arias Holguín, 2011, p. 307; Gálvez Villegas, 2014, pp. 117-118; Caro Coria, 2012, pp. 208-209; García Caverro, 2013, p. 104.

154 Durrieu Figueroa, 2013b, p. 284; Fabián Caparrós, 1998, p. 290.

155 Páucar Chappa, 2013b, p. 171.

(2) [...] Los **delitos determinantes** se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques. (3) Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, **los delitos determinantes deben**, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, **o deben** incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, **los delitos determinantes deben** comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad. (4) Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, **incluir una gama de delitos** dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos. El delito de lavado de activos debe extenderse a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor, que represente, directa o indirectamente, los activos del **crimen**. Al probar que esos bienes son activos del **crimen**, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante (resaltado nuestro)<sup>156</sup>.

Por otra parte, Páucar Chappa denomina como sistema de «tipificación excluyente» a aquella legislación caracterizada por la supuesta irrelevancia que tendría el delito precedente para la tipicidad del lavado de activos. Según este autor, el delito fuente sería reemplazado por una terminología más abierta como el «origen ilícito» o «actividad ilícita», siendo —a su juicio— expresión de tal sistema las legislaciones penales de México, EE.UU., incluido Perú. Al respecto, este autor sostiene que:

[...] en EE.UU. el delito federal de lavado de dinero [...] se encuentra tipificado en el Título 18, Parte I, Capítulo 95, Sección § 1956 del USC, donde en lo pertinente al delito determinante [...] señala: “(...) of some form of unlawful activity” [“(...) de alguna forma de actividad ilícita”]. Evidenciándose así una técnica legislativa acorde con los estándares internacionales establecidos por entes como el GAFI. En forma muy semejante y análoga, la legislación mexicana (artículo 400bis del CP) guarda para el delito precedente, el siguiente texto normativo: «de que procede o representa el producto de una actividad ilícita»<sup>157</sup>.

---

156 Nota interpretativa de la 3.<sup>a</sup> recomendación, en GAFI, 2012, p. 35. El texto actualizado a febrero de 2012 puede consultarse en: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>>.

157 Páucar Chappa, 2013a, p. 172.

Sin embargo, la revisión global de la normativa penal mexicana y estadounidense revela, antes bien, lo contrario. Esto es, mediante la interpretación sistemática de la normativa interna de dichos textos legislativos, se puede apreciar que, tanto en los EE.UU.<sup>158</sup> (sección § 1956, literal c, números 1 y 7 del *US Code*) como en México<sup>159</sup> (artículo 400bis, cuarto párrafo, del CP), contienen en sus Códigos Penales cláusulas generales similares a nuestra normativa (artículo 10, segundo párrafo, del DLeg. 1106). De modo tal que —contra lo sostenido por Páucar Chappa— el lavado de activos en dichos países no se efectúa sobre bienes que proceden de «actividades ilícitas» sin más, sino —según lo han dispuesto sus legisladores— los bienes deben ser producidos por delitos previos. De este modo, la técnica legislativa empleada por dichos países no se limita a referir que los bienes han de proceder de «actividades ilícitas», sino que además enfatiza que tales actividades son ilícitas porque se originan en delitos previos. Las referidas legislaciones, al igual que en nuestro país —como *infra* se analizará—, incorporan al delito fuente como exigencia ineludible de los tipos legales de lavado de activos.

En los EE.UU., este delito se encuentra previsto en el título 18, parte I, capítulo 95 y sección § 1956 del *USA Code*. Entre otros aspectos de dicha sección, se recogen las conductas típicas del lavado (literal a, números 1 al 3), las penalidades (literal b) y un listado de términos (literal c: «*As used in this section*») que deben ser empleados en la interpretación de la sección referida. En el literal c, número 1, citado, se establece que el término:

*«knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity» means that the person knew the property involved in the transaction represented proceeds from some form, though not necessarily which form, of activity that constitutes a felony under State, Federal, or foreign law, regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7) (resaltado nuestro).*

Es decir, que el autor del lavado de activos ha de conocer que la propiedad involucrada en la transacción financiera —por la cual se le habrá de reprimir— representa los beneficios de «alguna forma de actividad ilícita que constituye crimen», según ley estatal, federal o extranjera. Del mismo modo, en el literal c, número 7, el legislador norteamericano incorporó más específicamente («*specified*

---

158 Puede consultarse el texto vigente del *US Code*, título 18, parte I, capítulo 95, § 1956 («*Laundering of monetary instruments*»); disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>>.

159 El texto actualizado del Código Penal Federal de México, en lo atinente al artículo 400bis, puede consultarse en: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/8/494.htm?s>>.

*unlawful activity*) un conjunto de «delitos previos» de los cuales se han de producir los bienes objeto de los ulteriores actos de lavado de activos<sup>160</sup>.

160 En el aludido literal c, número 7, la legislación penal norteamericana hace expresa mención a la procedencia delictiva de los bienes objeto de lavado de activos. Se emplea la terminología «*felony*», «*offense*» o «*crime*». Según prevé esta norma, «*the term "specified unlawful activity" means—*

*A) any act or activity constituting an offense listed in section 1961 (1) of this title except an act which is indictable under subchapter II of chapter 53 of title 31;*

*B) with respect to a financial transaction occurring in whole or in part in the United States, an offense against a foreign nation involving—*

*i) the manufacture, importation, sale, or distribution of a controlled substance (as such term is defined for the purposes of the Controlled Substances Act);*

*ii) murder, kidnapping, robbery, extortion, destruction of property by means of explosive or fire, or a crime of violence (as defined in section 16);*

*iii) fraud, or any scheme or attempt to defraud, by or against a foreign bank (as defined in paragraph 7 of section 1(b) of the International Banking Act of 1978));*

*iv) bribery of a public official, or the misappropriation, theft, or embezzlement of public funds by or for the benefit of a public official;*

*v) smuggling or export control violations involving—*

*I) an item controlled on the United States Munitions List established under section 38 of the Arms Export Control Act (22 U.S.C. 2778); or*

*II) an item controlled under regulations under the Export Administration Regulations (15 C.F.R. Parts 730-774);*

*vi) an offense with respect to which the United States would be obligated by a multilateral treaty, either to extradite the alleged offender or to submit the case for prosecution, if the offender were found within the territory of the United States; or*

*vii) trafficking in persons, selling or buying of children, sexual exploitation of children, or transporting, recruiting or harboring a person, including a child, for commercial sex acts;*

*C) any act or acts constituting a continuing criminal enterprise, as that term is defined in section 408 of the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 848);*

*D) an offense under section 32 (relating to the destruction of aircraft), section 37 (relating to violence at international airports), section 115 (relating to influencing, impeding, or retaliating against a Federal official by threatening or injuring a family member), section 152 (relating to concealment of assets; false oaths and claims; bribery), section 175c (relating to the variola virus), section 215 (relating to commissions or gifts for procuring loans), section 351 (relating to congressional or Cabinet officer assassination), any of sections 500 through 503 (relating to certain counterfeiting offenses), section 513 (relating to securities of States and private entities), section 541 (relating to goods falsely classified), section 542 (relating to entry of goods by means of false statements), section 545 (relating to smuggling goods into the United States), section 549 (relating to removing goods from Customs custody), section 554 (relating to smuggling goods from the United States), section 555 (relating to border tunnels), section 641 (relating to public money, property, or records), section 656 (relating to theft, embezzlement, or misapplication by bank officer or employee), section 657 (relating to lending, credit, and insurance institutions), section 658 (relating to property mortgaged or pledged to farm credit agencies), section 666 (relating to theft or bribery concerning programs receiving Federal funds), section 793, 794, or 798 (relating to espionage), section 831 (relating to prohibited transactions involving nuclear*



De modo similar, en el Código Penal Federal de México se incorpora una cláusula de interpretación que concreta la procedencia «ilícita» de los bienes objeto de lavado. Así, en el artículo 400bis, numerales I y II, de dicho Código—conforme cita Páucar Chappa— se establece que los diferentes actos de lavado

---

*materials), section 844 (f) or (i) (relating to destruction by explosives or fire of Government property or property affecting interstate or foreign commerce), section 875 (relating to interstate communications), section 922 (l) (relating to the unlawful importation of firearms), section 924 (n) (relating to firearms trafficking), section 956 (relating to conspiracy to kill, kidnap, maim, or injure certain property in a foreign country), section 1005 (relating to fraudulent bank entries), 1006 (relating to fraudulent Federal credit institution entries), 1007 (relating to Federal Deposit Insurance transactions), 1014 (relating to fraudulent loan or credit applications), section 1030 (relating to computer fraud and abuse), 1032 (relating to concealment of assets from conservator, receiver, or liquidating agent of financial institution), section 1111 (relating to murder), section 1114 (relating to murder of United States law enforcement officials), section 1116 (relating to murder of foreign officials, official guests, or internationally protected persons), section 1201 (relating to kidnaping), section 1203 (relating to hostage taking), section 1361 (relating to willful injury of Government property), section 1363 (relating to destruction of property within the special maritime and territorial jurisdiction), section 1708 (theft from the mail), section 1751 (relating to Presidential assassination), section 2113 or 2114 (relating to bank and postal robbery and theft), section 2252A (relating to child pornography) where the child pornography contains a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct, section 2260 (production of certain child pornography for importation into the United States), section 2280 (relating to violence against maritime navigation), section 2281 (relating to violence against maritime fixed platforms), section 2319 (relating to copyright infringement), section 2320 (relating to trafficking in counterfeit goods and services), section 2332 (relating to terrorist acts abroad against United States nationals), section 2332a (relating to use of weapons of mass destruction), section 2332b (relating to international terrorist acts transcending national boundaries), section 2332g (relating to missile systems designed to destroy aircraft), section 2332h (relating to radiological dispersal devices), section 2339A or 2339B (relating to providing material support to terrorists), section 2339C (relating to financing of terrorism), or section 2339D (relating to receiving military-type training from a foreign terrorist organization) of this title, section 46502 of title 49, United States Code, a felony violation of the Chemical Diversion and Trafficking Act of 1988 (relating to precursor and essential chemicals), section 590 of the Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. 1590) (relating to aviation smuggling), section 422 of the Controlled Substances Act (relating to transportation of drug paraphernalia), section 38 (c) (relating to criminal violations) of the Arms Export Control Act, section 11 (relating to violations) of the Export Administration Act of 1979, section 206 (relating to penalties) of the International Emergency Economic Powers Act, section 16 (relating to offenses and punishment) of the Trading with the Enemy Act, any felony violation of section 15 of the Food and Nutrition Act of 2008 (relating to supplemental nutrition assistance program benefits fraud) involving a quantity of benefits having a value of not less than \$5,000, any violation of section 543(a)(1) of the Housing Act of 1949 (relating to equity skimming), any felony violation of the Foreign Agents Registration Act of 1938, any felony violation of the Foreign Corrupt Practices Act, or section 92 of the Atomic Energy Act of 1954 (42 U.S.C. 2122) (relating to prohibitions governing atomic weapons) environmental crimes.*

se efectúan sobre activos que «proceden o representan el producto de una actividad ilícita»<sup>161</sup>; sin embargo, es indebido eludirse que la propia norma (el cuarto párrafo del art. 400bis), concreta el contenido del término expresado como «producto de una “actividad ilícita”». Este precepto último establece con claridad que «para efectos de este Capítulo, se entenderá que **son producto de una actividad ilícita**, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la **comisión de algún delito** y no pueda acreditarse su legítima procedencia» (resaltado nuestro).

Por tanto, no es que los tipos legales de lavado de activos vigentes en los EE.UU. o México —como de forma similar sucede en el Perú— no incorporen al delito fuente como uno de sus elementos objetivos, por el simple hecho que se empleen las expresiones «alguna forma de actividad ilícita» (literal a, números 1 al 3, sección § 1956, del *US Code*) o «actividad ilícita» (artículo 400bis del CP mexicano) y que por dicha razón se emplee «una técnica legislativa acorde con [...] el GAFI»<sup>162</sup>. Claro está, una conclusión en tal sentido es coherente con una interpretación sesgada de tales normas. Sin embargo, es insuficiente e indebido el examen de artículos o párrafos aislados (con el cual aparentemente el hecho previo lo constituiría la mera «actividad ilícita»). El análisis de derecho comparado debe efectuarse de forma global. Lo cual permite apreciar que, tanto en las legislaciones citadas como en la nuestra, se han incorporado cláusulas generales que concretan y precisan los contornos de dichas expresiones.

La operación interpretativa efectuada por este sector de la doctrina —que aquí cuestionamos— es, por supuesto, útil para sustentar su hipótesis inicial sobre que tanto en los EE.UU., México, como en el Perú, el legislador presuntamente no habría incorporado al delito fuente como elemento de los tipos legales de lavado. Sin embargo, en tal análisis incorrectamente se omite que en los propios códigos penales de dichos países existen cláusulas normativas expresas con las cuales el legislador precisa que la «actividad ilícita» solo es tal por su procedencia delictiva («*felony*», «*offense*», «*crime*» —título 18, parte I, capítulo 95, sección § 1956, literal c, numerales 1 y 7, del USA Code—; «delito» —artículo 400bis, cuarto párrafo,

---

E) *a felony violation of the Federal Water Pollution Control Act (33 U.S.C. 1251 et seq.), the Ocean Dumping Act (33 U.S.C. 1401 et seq.), the Act to Prevent Pollution from Ships (33 U.S.C. 1901 et seq.), the Safe Drinking Water Act (42 U.S.C. 300f et seq.), or the Resources Conservation and Recovery Act (42 U.S.C. 6901 et seq.); or,*

F) *any act or activity constituting an offense involving a Federal health care offense»* (resaltado nuestro).

161 Páucar Chappa, 2013b, p. 172.

162 Ídem.

Código Penal Federal de México—; o «actividades criminales» —artículo 10 del DLeg. 1106—).

Estamos, no obstante, de acuerdo con Páucar Chappa cuando sostiene —respecto a la legislación penal de los EE.UU. o México— que estas emplean «una técnica legislativa acorde con los estándares internacionales establecidos por entes como el GAFI»<sup>163</sup>; pero no porque en tales países el legislador renuncie a incluir el delito fuente en la tipicidad objetiva del lavado, sino precisamente por todo lo contrario: el GAFI —como *supra* hemos citado— promueve que los Estados incorporen al delito fuente en sus tipificaciones del lavado, a través de un sistema abierto, del umbral o mixto. Con la precisión que «cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, incluir una gama de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos»<sup>164</sup>. Puede, por ello, concluirse —en sentido opuesto a lo planteado por la citada línea de opinión— que dichos Estados sí siguen los estándares promovidos por el GAFI, al igual que sucede en el caso peruano, pero no porque renuncien al «delito fuente» como elemento típico sino porque, al contrario, incorporan cláusulas generales que lo incluyen en la estructura típica del lavado de activos. Sendas cláusulas precisan que los términos «origen ilícito» o «actividad ilícita» —empleados para caracterizar la procedencia de los bienes— deben ser entendidos más específicamente en el sentido que los activos (susceptibles de ser lavados) han de tener un origen delictivo.

## **F. Grado de realización y relación de integración**

El hecho precedente sobre el cual se conecta el lavado de activos debe ser una actividad criminal, siendo fundamental el análisis de su grado de realización a fin de determinar si corresponde atribuirle el carácter delictivo suficiente para constituirse en delito previo. Esto es, si basta que el mismo se encuentre en fase preparatoria, o se requiera la tentativa delictiva o que el hecho se haya consumado<sup>165</sup>. Los actos constitutivos del lavado de activos tienen como regla la realización de comportamientos consumados de delitos capaces de generar bienes de origen ilícito. Sin embargo, en el acuerdo plenario 7-2011/CJ-116 (del 6 de diciembre de 2011), se discute la existencia de supuestos en los que no se descartaría que el delito previo pueda estar constituido por actos anteriores a la tentativa o, inclusive, cuyo grado de realización se encuentre en fase de agotamiento. Así, en su FJ 11, se sostuvo que existen «posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado

---

163 Ídem.

164 Nota interpretativa de la tercera recomendación, en GAFI, 2012, p. 35.

165 Aránguez Sánchez, 2000, p. 196; Fabián Caparrós, 1998, p. 291.

de activos, de ejecución posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente generador de los activos ilegales, por lo que no cabría excluir *a priori* una investigación por lavado ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de medidas coercitivas reales que correspondan». En el primero de los casos, indudablemente, se sitúan únicamente los actos preparatorios punibles<sup>166</sup> o determinados fenómenos asociativos<sup>167</sup> (como, por ejemplo, la producción de rendimientos económicos efectuada por organizaciones criminales<sup>168</sup>); mientras que, en el segundo, estaremos frente al propio lavado de activos como delito precedente.

En ambos casos, es indispensable que de la realización del hecho delictivo precedente pueda derivarse bienes o rendimientos económicos sin los cuales no cabe posibilidad de cometer delito de lavado de activos. Los activos objeto del lavado deben tener un origen delictivo por lo que, conforme se desprende de los tipos legales, tal característica debe serle atribuida con antelación a la ejecución de los actos de blanqueo. Concebir un lavado «anticipado» de activos contradice manifiestamente el texto legal, toda vez que los actos de conversión, transferencia, transporte, tenencia u ocultamiento deben efectuarse sobre activos previamente procedentes de un ilícito penal. Recientemente, sobre esta cuestión, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha señalado, en el RN 3091-2013, que: «[...] es necesario precisar que el delito fuente del lavado de activos necesariamente **tiene que ser previo a la realización del mismo**, es decir, para poder hablar de un delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan **producido ganancias ilícitas a lavar**» (resaltado nuestro)<sup>169</sup>.

No es preciso, sin embargo, que el hecho delictivo anterior del cual proceden los bienes haya sido efectuado con culpabilidad o sea penalmente perseguible —punible—, sino que será suficiente con que sea típico y antijurídico; esto es, que constituya un injusto penal<sup>170</sup>. Por tanto, aun cuando el autor o partícipe del delito fuente haya actuado en situaciones de inculpabilidad o concurrieren causales de exención de pena o extinción de la acción penal, la presencia de un ilícito penal no quedará descartada. Por lo que, al ostentar dicho injusto virtualidad para generar ganancias ilegales, estaremos frente a un delito fuente susceptible de dar base a los actos de lavado.

---

166 Martínez Buján-Pérez, 2013, p. 255; Del Carpio Delgado, 1997, p. 132.

167 Vidales Rodríguez, 2015, p. 98.

168 Resolución de extradición 29-2015-Lima (del 20 de marzo de 2015, FJ 4.2, Sala Penal Transitoria; ponente: Príncipe Trujillo).

169 RN 3091-2013-Lima, del 21 de abril de 2015, FJ 4 (Sala Penal Permanente; ponente: Pariona Pastrana).

170 Abel Souto, 2011, p. 73.

Sobre esta cuestión, un sector de la doctrina considera que el hecho precedente debe seguir las reglas del principio de accesoriedad limitada. De modo que, según dicho criterio, la sanción del lavado de activos dependerá de la realización típica y antijurídica del delito previo<sup>171</sup>. Tal posición, como se aprecia, traslada inconvenientemente instrumentos conceptuales de una institución dogmática —como lo es la participación criminal— hacia el examen de una figura delictiva independiente de la parte especial, lo cual puede inconvenientemente justificar la comprensión del lavado de activos como un delito dependiente del delito fuente<sup>172</sup>, en desmedro de su bien lograda autonomía sustantiva. Por otro lado, se presenta también un sector de la doctrina que, en su análisis del artículo 300 del CP español (que prevé que «las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena»), propone no trasladarse el principio de accesoriedad limitada a un ámbito que —como expresamos— le resulta ajeno, sino antes bien —como propone Aránguez Sánchez— hablar de una «relación de accesoriedad limitada»<sup>173</sup>.

Debe entenderse, sin embargo, que toda referencia a la accesoriedad en la determinación del delito fuente entraña seguir concibiendo al lavado de activos como una forma de participación *post delictum* cuando, por el contrario, se trata de un delito autónomo que no se vincula «accesoriamente» al delito fuente. Antes bien, compartimos la postura de Abel Souto, en el sentido que conviene hablar de «relación de integración»<sup>174</sup>, ya que el lavado de activos ni depende ni es accesorio de un delito previo, sino que los bienes producidos por este se integran en el contenido sustantivo del primero y así lo ha previsto nuestro legislador al incorporar como elemento típico (de los artículos 1 al 3) al «origen ilícito» de contenido delictivo (artículo 10). En suma, sobre la cuestión de cuáles elementos del concepto dogmático de delito han de concurrir en el delito fuente para dar base al lavado de activos, debe concluirse que es suficiente que el comportamiento económicamente productivo sea contradictorio con el ordenamiento jurídico penal, que sea un injusto penal. Esto es, que se trate de una conducta tipificada como delito que no se encuentre amparada por ninguna causa de justificación<sup>175</sup>.

---

171 Díaz-Maroto y Vallejo, 1999, p. 41.

172 Blanco Cordero, 2015, p. 380.

173 Aránguez Sánchez, 2000, p. 198.

174 Abel Souto, 2005, pp. 216-217.

175 Castillo Alva, 2009, p. 341; García Caveró, 2013, p. 99; Caro Coria, 2012, p. 207. En el derecho español, véase Fabián Caparrós, 1998, p. 291; Del Carpio Delgado, 1997, p. 128; Blanco Cordero, 2015, pp. 379-380.

## V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD VINCULADAS AL DELITO FUENTE Y AL OBJETO MATERIAL

### A. Circunstancias relativas al delito previo

El legislador, al emitir el DLeg. 1106 —al igual que lo hizo con la ley 27765—, valoró la dañosidad social de determinados delitos fuentes caracterizándolos como circunstancias agravantes. Por lo que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4, segundo párrafo, se impondrá una pena no menor de veinticinco años al imputado que haya efectuado alguno de los comportamientos del lavado sobre bienes procedentes de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

Con relación a los actos de incumplimiento o retraso de los deberes de información, elevados a la categoría de delito (por supuestamente afectar una de las competencias de la administración de justicia, cual es la función de persecución penal en la investigación y juzgamiento del lavado de activos<sup>176</sup>), según lo previsto en el artículo 6 del DLeg. 1106, se incorpora una circunstancia agravante basada nuevamente en la gravedad del delito fuente. En tal sentido, quien incumpla o rehúse dar información en el marco de investigaciones por delito de lavado procedente de la minería ilegal o de actos vinculados al crimen organizado, la penalidad prevista en el tipo base (de dos a cuatro años de pena privativa de libertad), se agravará a una de tres a cinco años.

### B. Circunstancias relativas al valor del objeto

Nuestro sistema penal, a diferencia de la legislación argentina que fere derogada<sup>177</sup>, no prevé un monto mínimo como presupuesto de tipicidad de un acto de lavado (criterio del umbral mínimo en la tipificación del delito fuente). Sin embargo, es

---

176 La conducta reprimida por el artículo 6 del DLeg. 1106 no resulta desconocida en nuestro sistema penal. Desde la puesta en vigencia del CP de 1991 se encuentra tipificado, en su artículo 242, el delito de rehusamiento y obstaculización de las funciones de supervisión económica (que reprime al director, administrador o gerente de una empresa que, indebidamente, rehúsa suministrar a la autoridad competente la información económica, industrial o mercantil que se le requiera, o deliberadamente presta la información de modo inexacto). Este delito, si bien presenta parecida estructura de incriminación, su objeto de tutela es distinto. El primer tipo legal aludido protege la administración de justicia —la función persecutoria de los órganos de investigación y juzgamiento del lavado de activos—; mientras que el segundo, pretende el resguardo de la función asignada a las agencias estatales de supervisión del control del mercado. Al respecto, véase García Cavero, 2013, p. 156; y Prado Saldarriaga, 2013, p. 316.

177 Barral, 2003, p. 178; Orsi, 2007, pp. 608-609. Para más detalles sobre el proceso de reforma, ver la nota 24 del presente trabajo, así como Córdoba, 2015, p. 39 y D'Albora, 2012, p. 190.

una importante novedad del DLeg. 1106 que se disponga que el valor de los bienes —objeto de los ulteriores actos de lavado— tendrá relevancia para la atenuación o agravación del delito de lavado de activos. De acuerdo a lo previsto en el artículo 4, párrafo 3, cuando el monto involucrado del objeto material —el dinero, los bienes efectos o ganancias— no sea superior a cinco unidades impositivas tributarias (UIT), la penalidad aplicable no excederá los seis años de pena de privación de libertad, ni será menor a cuatro años. Esto es, de acuerdo a los montos establecidos para el año 2016, cuando el valor de los bienes no supere la suma de S/. 19 750.00 soles, la responsabilidad penal será atenuada.

Por el contrario, conforme lo dispone el artículo 4, inciso 3, en caso que los bienes involucrados tengan un valor superior a 500 UIT (S/. 1 975 000,00), se agravará la responsabilidad, debiéndose aplicar una pena privativa de libertad no mayor a veinte años ni menor a diez. Como se aprecia, la responsabilidad agravada del lavado de activos no depende en lo absoluto del tipo de delito precedente, sino del valor del monto involucrado.

Finalmente, cuando se cometan los actos descritos en el artículo 6 (delito de rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información) y el monto involucrado de los activos excediere las 500 UIT, de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo de dicho precepto, estaremos frente a la comisión agravada de este delito contra la función persecutoria de los órganos de investigación y juzgamiento del lavado de activos. Por tanto, se incrementará la penalidad a imponer, hasta un máximo de cinco años de privación de libertad.

## **VI. A MODO DE CONCLUSIÓN**

- Un sector de la doctrina nacional sostiene que el delito fuente no constituye elemento del tipo penal del lavado de activos. Partiendo de la interpretación literal de los artículos 1 al 3 del DLeg. 1106 —que hace mención al «origen ilícito» de los bienes—, los cuales consideran que el delito fuente no constituye elemento objetivo del tipo base, con lo que no se requeriría actuación probatoria para acreditarlo. Solo en el caso del tipo agravado (previsto en el artículo 4, segundo párrafo), el delito fuente adquiriría relevancia normativa y probatoria. En el mismo sentido, el Oficio Circular 024-2013-MP-FN-SEGFN (de la secretaría general de la Fiscalía de la Nación), citando en parte el artículo 10, primer párrafo, del DLeg. 1106, expresa que el lavado de activos es un delito autónomo. Así también, incorporando una declaración no prevista en la ley, señala que el mismo «no tiene delito fuente».

- El carácter fragmentario del derecho penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad constituyen fundamentos irrenunciables que obligan a interpretar sistemáticamente los artículos 1 al 3 junto al artículo 10, segundo párrafo, del citado DLeg. 1106. En este último precepto, se hace referencia a que el origen ilícito «corresponde a actividades criminales», con lo cual la categoría legal del delito fuente se incorpora a los tipos penales del lavado, previstos en los citados artículos 1 al 3. La determinación del tipo de ilicitud del elemento objetivo del tipo, previsto expresamente como «origen ilícito» (en los mencionados artículos 1 al 3) debe identificarse, asimismo, con el derecho interno de procedencia convencional. Tanto la Convención de Viena de 1988, la de Palermo de 2000 (artículos 2, literal h, y 6, inciso 2, literal a), como la de Mérida de 2003 (artículos 2, literal h, y 23, inciso 2, literal a), permiten concretar los límites interpretativos del «origen» de los activos objeto de los ulteriores actos de lavado.
- El artículo 10 contiene elementos de tipicidad que complementan lo expresamente preceptuado en los artículos 1 al 3. Así como el sujeto activo «autolavador» se desprende del artículo 10, párrafo tercero («También podrá ser considerado autor del delito [...], quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras [...])», el delito fuente se encuentra previsto en el párrafo segundo de dicha norma («actividades criminales» o «cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales»); ambos elementos de tipicidad, mediante la interpretación sistemática que se propone, complementan al tipo base.
- Sostenerse que la exigencia del delito fuente en el tipo básico—y su correlativo deber de probanza— explicaría la ausencia de condenas, desconoce o elude que sistemas penales como el español, en el que la exigencia del delito previo carece de discusión, tiene una notable producción condenatoria (como lo reconoce la evaluación mutua del GAFI realizada en dicho país en diciembre de 2014). En Perú, según se constata de información oficial (el analizado «Plan nacional de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo»), distintas son las razones que explican la ausencia de sentencias condenatorias. Ninguna de estas vinculadas a la exigencia legal del delito fuente, sino atribuibles fundamentalmente a vulnerabilidades estructurales e innegables carencias logísticas arraigadas en nuestro sistema persecutorio y judicial.
- Nuestra legislación prevé únicamente la autonomía procesal de la investigación y procesamiento del lavado de activos. Esto es, que el delito



que originó los bienes no necesariamente debe encontrarse sometido a investigación o procesamiento.

- La autonomía sustantiva, por la que se reconoce que el lavado de activos entraña un injusto material propio e independiente del delito previo (con lo que, inclusive, se permite diferenciarlo de los delitos de receptación, encubrimiento o enriquecimiento ilícito), no está recogida en el DLeg. 1106, como tampoco en el proyecto de ley de nuevo Código Penal (artículo 360, inciso 1). La postura que niega su naturaleza de elemento objetivo del tipo base renuncia a su probanza, exigiéndola únicamente en el tipo agravado.
- La probanza del delito fuente, cuando menos mediante prueba indiciaria, es ineludible por imperio de los derechos a la presunción de inocencia y de defensa. En el artículo 10, párrafo primero, no se establece ninguna cláusula que excluya al órgano de persecución o de enjuiciamiento de sus deberes funcionales de postular, probar o valorar el «origen ilícito» de contenido delictivo (la categoría del delito fuente). Este constituye uno de los elementos objetivos de los tipos legales de lavado y, como tal, debe ser incorporado como objeto procesal por el órgano persecutor, de modo que se asegure su debate y objeto de ulterior valoración judicial.
- Es en el proceso penal por lavado de activos donde el delito fuente (origen ilícito de contenido delictivo) debe encontrar su sede probatoria, cuando no haya sido acreditado mediante sentencia previa. No se trata de exigir un conocimiento último de los caracteres del delito fuente (su calificación jurídica, intervinientes o la más absoluta plenitud de detalles), sino que su probanza es ineludible a fin de arribarse a la certidumbre procesal que motive una condena, previa intimación (la progresiva concreción del objeto procesal), debate y valoración. Tal como establece el GAFI (nota interpretativa de la recomendación 3): «**Al probar** que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante» (resaltado nuestro). Con ello, corresponde su debida probanza cuando menos al interior del proceso penal por lavado de activos.