

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y SUS SEMAJANZAS CON LOS DELITOS DE RECEPCIÓN Y ENCUBRIMIENTO REAL

Eduardo Oré Sosa¹

I

Cada cierto tiempo sale a la luz alguna información concerniente a un tema de lavado de activos, el mismo que cobra notoriedad sea por la fama del involucrado, sea por la espectacularidad que, con afanes populistas, algunas autoridades presentan la noticia. No obstante, si nos atenemos a las estadísticas judiciales, podría señalarse que el lavado de activos, en nuestro país, tiene una presencia que va sólo un poco más allá de su misma existencia normativa.

A decir verdad, el problema no parece residir en la falta de instrumentos o disposiciones normativas, pues, como señala un informe del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) “tanto las penas aplicables a las personas físicas en función de la comisión del delito de lavado de activos... así como las consecuencias jurídicas accesorias y sanciones administrativas imponibles a las personas jurídicas de conformidad con las disposiciones de la SBS referidas presentemente, se estiman eficaces, proporcionales y disuasivas. No obstante, no se presentó evidencia de su aplicación en casos concretos”.²

Si a esto se agrega que se detecta menos del 1% del total de activos que se lavan³, podemos llegar a la conclusión de que la cifra negra de la criminalidad –cantidad real de delitos que se cometen, pero que no son descubiertos por la autoridad–, en cuanto al delito de lavado de activos, es acusadamente alta.

Parecería interesante desentrañar las razones de tan magros resultados, dando por descontado, claro está, que estamos ante un fenómeno criminal real y actual. La complejidad misma del lavado de activos, que busca justamente sortear toda actividad persecutoria del delito; su

¹ Doctor por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho (UNMSM). Profesor de Derecho Penal de la UNIVERSIDAD DE PIURA.

² Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). *Informe de Evaluación Mutua. Anti Lavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo (3ra Ronda). Perú. Julio 31, 2008*, p. 14. Vid. <http://www.gafisud.info/evaluaciones.php>

³ Y no porque no se cuente con los instrumentos para ello: “The discussion will show that most of the necessary instruments to fight organized crime and related money-laundering activities exist already. Yet, the existing ‘success’ rate of identifying criminal capital flows is limited, to say the least. Based on all available estimates, less than 1% of the total amounts that are being laundered are detected”, vid. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research report*, Oct. 2011.

indudable vinculación con la criminalidad organizada; actos de corrupción; quizás estas pueden ser solamente algunas de las razones por las cuales, tras una larga investigación o juzgamiento, no se llegue a una condena por este delito. Y esto a pesar de que el legislador ha pretendido flexibilizar las exigencias de la parte subjetiva del tipo penal echando mano a diferentes fórmulas: “hubiese conocido ese origen *o lo hubiere sospechado*”; “cuyo origen ilícito conoce *o puede presumir*”, etc. Con esto, las conductas de lavado pueden imputarse, incluso, a título de dolo eventual. No se trata, pues, de que el agente conozca efectivamente que los bienes proceden de un determinado delito (v. gr. minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, etc.), sino de que pueda advertir el riesgo o probabilidad de la procedencia delictuosa de los mismos.

Ahora bien, el lavado de activos supone un proceso mediante el cual se pretende disfrutar de los beneficios económicos de un delito previo a través del ocultamiento de su origen ilícito. Esto, como la otra cara de la misma moneda, lleva aparejado el ingreso, en el tráfico económico, de activos de origen ilícito. Inicialmente, como bien se sabe, este delito estaba vinculado al tráfico ilícito de drogas.⁴ No obstante, hoy en día, el lavado de activos se proyecta sobre delitos de distinta naturaleza que ostentan cierta gravedad y que tienen capacidad de generar ganancias ilegales. En efecto, el art. 10 del Decreto Legislativo 1106 alude a 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, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo y los delitos aduaneros.

Cierto es que la referida norma incluye una cláusula abierta (“cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal”), pero creemos que esta debe ser interpretada restrictivamente, y, atendiendo al método de interpretación sistemático, estos otros delitos deben ostentar un similar grado de injusto que los señalados expresamente por el legislador. De esto, será preferible limitar el ámbito de aplicación del delito de lavado de activos a los actos que tengan por fin, a través de la realización de cualquiera de las modalidades típicas, ocultar el origen ilícito de dinero, bienes, efectos o ganancias procedentes de delitos de especial gravedad. Para ello, se podría atender al marco punitivo del delito fuente, el mismo que no debiera distar sobradamente de los marcos penales previstos para los

⁴ Así, en una de las primeras monografías nacionales sobre el tema, PRADO SALDARRIAGA apuntaba que como actos de lavado de dinero solía identificarse “a un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país –de modo transitorio o permanente– de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas”, vid. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*. Lima, Idemsa, 1994, p. 15.

delitos de minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo y demás señalados en el art. 10 del Decreto Legislativo 1106.

II

Un tema que siempre genera problemas de interpretación tiene que ver con las inocultables semejanzas que se establecen entre el lavado de activos, y otros delitos como el de receptación y encubrimiento real. Claro que este problema no se origina con la creación del delito de lavado de activos. De esto puede dar cuenta el Código Penal de 1924, donde el referido delito contra el patrimonio –receptación– se denominaba encubrimiento. ROY FREYRE ya aludía a un problema de nomenclatura, lo que, según el maestro sanmarquino, obedecía a que el término *encubrimiento* admitía tanto un sentido amplio como restringido, considerando “aconsejable que la reforma legislativa substituya el vocablo ‘encubrimiento’ por el de **receptación**” ya que este último era de uso frecuente y ostentaba un significado unívoco.⁵

A pesar de la sustitución del referido vocablo en el Código Penal vigente, como se ha adelantado, se siguen generando problemas de interpretación. Esto se debe a la presencia de elementos comunes en la estructura típica de los delitos mencionados, en especial, a los actos de ocultamiento de un bien relacionado con un delito precedente. En efecto, mediante el delito de receptación (art. 194 CP) se reprime, entre otras cosas, la conducta de esconder un bien de cuya procedencia delictuosa [el agente] tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito. El *bien* que constituye el objeto material del delito de receptación debe ser estimable económicamente⁶, lo que resulta natural tratándose de un delito contra el patrimonio.

El delito de encubrimiento real (art. 405 CP), por su parte, tiene también como nota característica la existencia de un delito previo y se configura con cualquier conducta encaminada a procurar la desaparición de las huellas o prueba del delito, así como con el hecho de ocultar los efectos del mismo. Según FRISANCHO, los efectos del delito –como objeto material del delito de encubrimiento real– son aquellos productos que se han obtenido directamente de su comisión, por ejemplo, la moneda falsa, el ganado hurtado, etc.⁷ Claro que los efectos, así entendidos, también podrían ser considerados como prueba del delito, con lo cual, alguien podría postular la futilidad de

⁵, vid. ROY FREYRE, Luis. *Derecho Penal Peruano. T. III. Parte Especial. Delitos contra el patrimonio*, Lima, Instituto de Ciencias Penales, 1983, pp. 135-136.

⁶ ALADINO GÁLVEZ, Tomás, y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho Penal. Parte Especial. T. II*. Lima, Jurista Editores, 2011, p. 917.

⁷ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración de justicia*. Lima, Jurista Editores, 2011, p. 99.

dicho elemento del tipo. Quizás sea preferible aludir al concepto de efecto planteado por GARCÍA CAVERO cuando lo vincula, más bien, a la rentabilidad del delito.⁸

Estamos, en todos estos casos, ante delitos comunes, es decir, ante figuras delictivas cuya configuración no exige una condición o calidad especial en el agente. En este punto, más bien, suele analizarse la posibilidad de excluir del círculo de autores a aquellos que tomaron parte del delito precedente. Ocurre así en el delito de receptación, pues tratándose del autor del delito previo, los actos de receptación no serían sino conductas posteriores a la consumación que permiten al agente beneficiarse económicamente del primer delito (fase de agotamiento), con lo cual, el injusto y sanción de los actos posteriores quedan ya abarcados por el injusto y sanción del primer delito. En consecuencia, no puede ser autor del delito de receptación el autor del delito precedente.

Otro tanto se puede decir con respecto al delito de encubrimiento real, que tiene por bien jurídico la administración de justicia, en especial, el interés en que se haga efectivo el ejercicio de la potestad punitiva del Estado; el mismo que se ve afectado no tanto por una falta de colaboración con los órganos persecutores del delito –cual si los ciudadanos en general estuvieran obligados a ello so riesgo, en caso de no hacerlo, de incurrir en responsabilidad penal–, sino por obstaculizar u obstruir la acción de la justicia mediante los actos concretos previstos por el legislador. Si bien en otros ordenamientos –como por ejemplo el argentino y el español– se excluye expresamente la posibilidad de que el autor o partícipe del delito previo sea a su vez autor del encubrimiento, eso no ha sido dispuesto por nuestro legislador. Lo que no ha impedido que parte de la doctrina sostenga que el coautor o partícipe del delito previo no puedan ser sujeto activo del delito de encubrimiento.⁹ En esto algo ha de pesar la cláusula de no autoincriminación, así como el hecho de, nuevamente, estar ante comportamientos posteriores a la consumación del delito [aunque, cabe precisar, estamos ante un bien jurídico distinto, a saber, la administración de justicia]. En cualquier caso, queda claro que se amplía el círculo de personas que, a pesar de realizar estas conductas obstructoras, pueden quedar excluidas de pena por las relaciones estrechas que mantienen con la persona favorecida (artículo 406 CP).

En cuanto al delito de lavado, como bien se sabe, las primeras fórmulas legislativas adolecieron de serios problemas de índole sistemático: ubicadas dentro de la sección correspondiente a los delitos de tráfico ilícito de drogas (Decreto Legislativo 736), como una forma

⁸ “Los efectos del delito a los que hace referencia la nueva redacción del artículo 102 del CP dejan de referirse a los aspectos inmediatos del delito para centrarse en la rentabilidad del delito. Por efectos del delito se entiende ahora bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal”, vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Jurista Editores, 2012, 2º ed., p. 918.

⁹ vid. FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos...* ob. cit., p. 97.

agravada de receptación (Ley 25404) y, finalmente, en una ley especial (Ley 27765). Con respecto a la posibilidad de que el autor o partícipe del delito previo pudiera ser sujeto activo del delito de lavado, es de mencionar que esta cuestión, en gran medida, ya ha dejado de constituir un tema de debate, sobre todo a partir de la promulgación del Decreto Legislativo 986.¹⁰ En cualquier caso, si bien el ámbito de aplicación [léase posible círculo de autores] del lavado de activos es mayor que el de la receptación y del encubrimiento, estamos ante una diferencia que no evita la superposición de normas que, en muchos casos, seguirán siendo aplicables a un mismo supuesto.

Las soluciones que se han planteado para resolver el problema de la similitud entre las modalidades típicas de estos delitos son diversas. ALADINO GÁLVEZ y DELGADO TOVAR consideran que cada uno de estos delitos presenta su propia identidad, lo que permite diferenciarlos debidamente atendiendo a algunos aspectos tales como el bien jurídico tutelado, el objeto de la acción, la presencia de elementos subjetivos distintos del dolo, entre otros. Así, estos autores entienden que el *lavado de activos* tiene como objeto de protección el sistema económico –representado por la libre y leal competencia– y la administración de justicia; el delito de *encubrimiento real*, el normal y correcto funcionamiento de la Administración de Justicia; y el delito de *receptación*, el patrimonio en general.¹¹ De este modo, parten de la configuración del delito de lavado de activos como un delito pluriofensivo,¹² postura que, en el Derecho nacional, está lejos de ser unánime.

Bien es verdad que el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, luego de citar a algunos autores que asumen esta postura, en cuanto a la naturaleza de este delito, se decanta por una postura pluriofensiva: “Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e

¹⁰ El mismo que adicionó un último párrafo al artículo 6 de la Ley 27765: “También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”. El vigente artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 es más preciso y señala que quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias podrá ser considerado autor del delito.

¹¹ ALADINO GÁLVEZ, Tomás, y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho...* ob. cit., pp. 940-941.

¹² ALADINO GÁLVEZ considera que “los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son la *libre y leal competencia y la eficacia de la Administración de Justicia*, en cuanto éstas constituyan objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general ‘orden o sistema económico’ de tal suerte que la afectación de este último, está determinada por la de los primeros”, aceptando que su postura, frente a este delito, es pluriofensiva, pero poniendo énfasis en que dentro de estos múltiples bienes jurídicos abstractos ha tratado “de identificar y precisar, cuál es el objeto de protección específico”. ALADINO GÁLVEZ, Tomás. *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley 27765*. Lima, Jurista Editores, 2009, pp. 57-58.

intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. (...). Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765”.

Sin embargo, como adelantamos, existen voces disidentes. Así, por un lado, CARO CORIA sostiene que “La razón por la cual nuestra opinión se distancia de la del Pleno Jurisdiccional [léase Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116] radica en que concebir al blanqueo de bienes como un delito pluriofensivo conlleva la aceptación, aunque indirecta, de que la conducta penada afecta simultáneamente a bienes jurídicos tales como la eficacia en la administración de justicia, el orden socioeconómico, la transparencia del sistema financiero o, inclusive, la salud pública. En este sentido, esta tesis se vuelve inconsistente con los argumentos que fueron esbozados inicialmente en el Pleno Jurisdiccional. Esto es, si los magistrados están de acuerdo en que el bien jurídicamente protegido en el delito en cuestión se aleja de ser el orden socioeconómico o la eficacia en la administración de justicia, entonces llama la atención que contemplen siquiera la posibilidad de que el objeto de protección de la norma sea un conjunto de bienes que englobe a los dos anteriores”.¹³

Del mismo modo, GARCÍA CANTIZANO considera que no existe ninguna duda de que, desde el punto de vista de política criminal, lo que sustenta la necesidad de proceder a elevar a la categoría de delito el lavado de activos es la repercusión económico-financiera que esta clase de conductas supone para el Estado, en la medida en que hace factible que los beneficios procedentes de actividades delictivas pasen a integrarse en el ámbito de las relaciones jurídicas lícitas, distorsionando así las reglas básicas que rigen el desarrollo del mercado de capitales y bienes; sin embargo, agrega esta misma autora, no es este el sentido con que nuestro legislador define el delito de lavado de activos, en tanto son conductas que giran en torno a la idea de ocultamiento del origen ilícito de bienes y ganancias: “más que los efectos económicos financieros que puedan derivarse de dichas conductas, lo verdaderamente importante es el que con ellas se dote de apariencia de legalidad a los bienes o ganancias producto de actividades delictivas, impidiendo así que sobre ellas puedan disponerse medidas que limiten o impidan su disfrute”.¹⁴

¹³ vid. CARO CORIA, Dino, y ASMAT COELLO, Diana. “El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 3-2010 /CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos”. En: AA.VV. *Imputación y sistema penal. Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*. Coords. ABANTO / CARO JOHN / MAYHUA. Lima, Ara Editores, 2012, p. 302.

¹⁴ vid. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “Lavado de activos”. Ponencia presentada en el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Noviembre de 2010.

Atendiendo también a la estructura del delito, influenciada por una serie de normas internacionales, como por ejemplo, la Convención de Viena y la Convención de Palermo, CARO JOHN considera que “mediante el castigo del lavado de activos se protegen las expectativas normativas de un correcto funcionamiento del sistema de administración de justicia, que se ve afectado con el encubrimiento u ocultación de bienes generadores de ganancias ilícitas”.¹⁵

Con lo cual, no existiendo consenso en cuanto al bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, mal podríamos fundar las diferencias entre estos delitos –los delitos de lavado, receptación y encubrimiento real– en el objeto de protección.

ALADINO GÁLVEZ y DELGADO TOVAR consideran que otro criterio para diferenciar estos delitos es el *objeto de la acción*, pues en el lavado de activos este está constituido por el dinero, bienes, efectos o ganancias que provienen de los delitos previstos expresamente por la Ley (tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, etc.), mientras que en el caso del delito de encubrimiento real, solo constituirán objeto de la acción delictiva, aquellos bienes o efectos que pudiesen servir para descubrir la existencia del delito o a sus autores y partícipes, es decir, aquellos “que pudiesen servir de prueba en la investigación preliminar o durante el proceso penal”.¹⁶ El problema de este criterio diferenciador es que el dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes de un delito antecedente también pueden servir para acreditar la existencia del delito, o la responsabilidad de sus autores o partícipes; en otras palabras, también sirven a los efectos de la prueba. De esto, el objeto de la acción no parece constituir un factor útil para diferenciar un delito de lavado de activos de un delito de encubrimiento real.

Estos mismos autores sostienen que el delito de receptación presenta un elemento subjetivo adicional al dolo (elemento de tendencia interna trascendente), a saber, el ánimo de lucro,¹⁷ mientras que el delito de lavado no exigiría este elemento en el aspecto subjetivo del tipo penal. Lo curioso es que, páginas antes, ALADINO GÁLVEZ y DELGADO TOVAR señalan que el legislador ha obviado establecer expresamente, en el delito de receptación, la existencia de este elemento subjetivo (ánimo de lucro), agregando que “la doctrina nacional ha venido admitiendo esta especial intención del agente, a fin de distinguir este delito del de encubrimiento real”.¹⁸ Consideramos que, en general, el

¹⁵ vid. CARO JOHN, José Antonio. “Impunidad del ‘autolavado’ en el ámbito del delito de lavado de activos”. En: *Dogmática penal aplicada. N° 4*. Lima, Ara Editores, 2010, p. 188.

¹⁶ ALADINO GÁLVEZ, Tomás, y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho...* ob. cit., pp. 941- 942.

¹⁷ ALADINO GÁLVEZ, Tomás, y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho...* ob. cit., pp. 943- 944. En el mismo sentido, FRISANCHO considera que en la receptación el designio del agente es llevar a cabo el delito para satisfacer un interés económico propio o de un tercero (*lucri faciendi causa*), vid. FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra...* ob. cit., p. 96.

¹⁸ ALADINO GÁLVEZ, Tomás, y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho...* ob. cit., pp. 926- 927.

tipo penal contiene los elementos que –según la valoración hecha por el legislador– dan contenido al injusto, con lo cual, mal se haría en añadir un elemento al tipo con el único fin de solventar problemas de interpretación o establecer diferencias con otros delitos. A este respecto, ROJAS VARGAS entiende que el provecho, por lo menos para algunas modalidades de receptación, no constituye un requisito explícito ni implícito; que el agente actúe con definidas propensiones dolosas, no perfecciona el tipo penal, ni la ausencia de las mismas cancela la tipicidad del hecho.¹⁹

No es de extrañar que la doctrina española comprenda este elemento subjetivo específico como un elemento típico del delito de receptación, y es que el artículo 298 del Código Penal ibérico incluye expresamente al “ánimo de lucro” dentro de la descripción típica de la conducta.²⁰ Esto no ocurre, sin embargo, en nuestra legislación. Si bien el Profesor QUINTERO OLIVARES –citado por ALADINO GÁLVEZ y DELGADO TOVAR²¹– considera que el ánimo de lucro resulta implícito en este delito “dada la condición de delito patrimonial asignada a la receptación”, nosotros entendemos que lo más importante en esta figura delictiva es la *afectación a un bien jurídico* de contenido patrimonial –mediante la realización de los elementos previstos en el tipo penal–, en otras palabras, la configuración del delito se hace principalmente desde la perspectiva del titular del bien jurídico protegido, y no precisamente desde la intención o ánimo con que hubiera podido actuar el agente, pues aquí nos podríamos topar con un mar de motivaciones.

Lo mismo podría plantearse con respecto al fundamento jurídico n° 27 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, cuando cita al jurista portugués DE FARIA COSTA, quien establece la diferencia entre el lavado y la receptación según exista la intención de obtener un *lucro ilegítimo*, pues el artículo 231 del código penal lusitano exige expresamente en el agente la intención de obtener, para sí o para otra persona, una ventaja patrimonial.

Llama también la atención, en el fundamento 27 del Acuerdo Plenario, una cita al derecho argentino, específicamente a CAFETZOGLUS, quien, según el Acuerdo, a pesar de reconocer la semejanza entre los delitos de lavado y encubrimiento, sostiene que el primero [el delito de lavado] resulta “sensiblemente más amplio ya que capta toda la intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra el patrimonio. Hurto. Robo. Abigeato*. Lima, Grijley, 2000, pp. 78 y 81.

²⁰ “Art. 298.1 El que, *con ánimo de lucro* y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

²¹ ALADINO GÁLVEZ, Tomás, y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho...* ob. cit., p. 926, nota a pie n.º 289.

de lucro”. Y si uno repara en el numeral 3 del artículo 277 del Código Penal de la Nación Argentina, caerá en la cuenta de que el ánimo de lucro, más que un elemento del tipo básico, constituye una *circunstancia agravante* del delito de encubrimiento. Con lo cual, no se requeriría la constatación de este elemento subjetivo específico para la consumación de la receptación.

En este orden de ideas, no parece categórico sentar la diferencia entre los delitos de lavado de activos y receptación en el fin con el que hubiere podido actuar el agente, es decir, en un elemento subjetivo específico distinto del dolo, así se llame este ánimo de lucro, u obrar con el fin de obtener un provecho ilícito o ventaja patrimonial.

GARCÍA CAVERO va más allá de un criterio formal para distinguir entre el delito de lavado de activos y la receptación, encontrando tal diferencia en la procedencia delictuosa de los bienes: “puede concluirse que este delito [receptación] se limitará a los casos en los que el bien mismo procede de un delito (p. e. el hurto de un bien o la apropiación de un bien del Estado), mientras que el lavado de activos sobre bienes se limitará a aquéllos que constituyan efectos del delito, pero no los que han sido objeto del delito”.²² Lo que va en la línea de lo sostenido por la doctrina en el sentido de que no cabe la receptación sustitutiva.²³

Tratándose de la ocultación de los efectos del delito, como sostiene GARCÍA CANTIZANO, no existiría diferencia sustancial alguna entre el delito de lavado de activos y el encubrimiento real, pues el primero implica la realización de conductas dirigidas especialmente a dificultar la incautación de los bienes y ganancias logradas mediante la ejecución de hechos delictivos, en tanto dicha medida no tiene más finalidad que la de asegurar medios probatorios de descubrimiento del delito previo origen de tales bienes; mientras que el encubrimiento real define de una manera más genérica estos mismos actos, identificándolos con actos de ocultamiento para trabar la acción de la justicia.²⁴ De opinión parecida, FRISANCHO considera que en el lavado de activos “nos hallamos ante formas especiales de encubrimiento real, figura delictiva en la que el agente ayuda a los

²² vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial. II*. Lima, Grijley, 2007, pp514-515. Este autor hace referencia a lo previsto por la ley de lavado de activos que, en sus distintas versiones, excluye a la receptación del ámbito de aplicación del delito de lavado; rechaza, asimismo, el entendimiento que la receptación se circunscribiría a los actos realizados sobre bienes que proceden directamente de delitos contra el patrimonio, mientras que el lavado de activos abarcaría los actos sobre bienes que provienen directamente de otros delitos e indirectamente de los delitos patrimoniales, pues esta consideración no se ajusta a los términos de la ley. De hecho, como bien sostiene GARCÍA CAVERO, el lavado de activos resulta de aplicación en casos en los que el origen de los bienes se vinculan a delitos contra el patrimonio. Así, en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 se incluye expresamente a la extorsión y al robo.

²³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el Patrimonio*. Lima, Grijley, 2010, 4º ed., p. 257; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Lima, Editorial San Marcos, 2010, p. 343.

²⁴ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “Lavado... ob. cit.

delincuentes a ocultar o aprovecharse de los efectos del delito precedente. Esto porque resulta esencial no perder de vista la meta final que guía el accionar del blanqueador de capitales: conseguir que bienes de origen ilícito puedan ingresar en los circuitos económicos normales sin que se pueda detectar su origen y naturaleza, o ayudar a los que se dediquen a ello a que lo consigan”.²⁵

Ciertamente, se podría considerar que la dimensión y complejidad del delito de lavado de activos dista bastante de la fenomenología propia del delito de receptación. Así, el informe de GAFISUD daba cuenta de que los principales delitos generadores de ingresos ilegales son la *corrupción*, a través de “comisiones” que se abonan para ganar licitaciones de obras o compras del sector público, y que representaría unos US \$ 203 millones al año; el *narcotráfico*, cuyo monto estimado superaría los US \$ 570 millones; los *delitos contra la propiedad intelectual*; la *defraudación tributaria*, la cual ascendería a US \$ 1.350 millones, y finalmente *otros delitos*, en donde se consideran ilícitos tales como el tráfico de armas, estafa y el secuestro.²⁶

No obstante, es de tener en cuenta que la estructura típica del delito de receptación no repara en estos detalles, esto es, desde el punto de vista dogmático, la configuración de este delito no atiende a la entidad ni complejidad de la conducta típica. Con lo cual, basta con adquirir, recibir en donación, en prenda o guarda, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de procedencia delictuosa, para que se consuma este delito; sin que para esto se mire a la cantidad o valor del bien receptado. Tampoco se atiende a la naturaleza del delito precedente, con lo cual, mal se haría en restringir la receptación a aquellos actos de ocultamiento de bienes que procedan solamente de la comisión de delitos contra el patrimonio.²⁷ Así por ejemplo, si el agente falsifica documentos para inscribir en Registros Públicos una compraventa de inmueble a su favor y, posteriormente, transfiere la propiedad a quien –a pesar del contenido de la ficha registral– conoce la falsedad u origen ilícito de su título, ¿no responde este último por delito de receptación a pesar de que el delito antecedente no es contra el patrimonio, sino contra la fe pública?

Por otro lado, las modalidades de transporte y traslado, recientemente incorporadas por el Decreto Legislativo 1106, si bien no están previstas en los tipos penales de receptación y encubrimiento –lo que podría llevar a pensar de que estamos ante otra diferencia con relación al

²⁵ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*. Lima, Jurista Editores, 2003, p. 273.

²⁶ Grupo de Acción... ob. cit., p. 4.

²⁷ Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos...* ob. cit., pp. 255-256, sostiene que: “El objeto del delito [de receptación] recae sobre bienes que no necesariamente se refieren a la propiedad o al patrimonio, sino también a otros de carácter económico, como es el caso de la malversación de fondos. Se puede receptar también objetos provenientes de delitos contra los deberes de función, deberes profesionales como la concusión, el peculado etc.”

lavado de activos–, podrían también ser consideradas como formas de ejecución o cooperación en los delitos de receptación y encubrimiento, imputables, por tanto, a título de autoría o participación.

Tampoco podríamos sentar la diferencia de estos delitos en la gravedad o mayor grado de injusto del delito antecedente. Ciertamente es que el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 alude a 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, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo y los delitos aduaneros, todos ellos con importantes marcos punitivos; pero no debe perderse de vista que el delito de receptación agravado admite como delitos antecedentes a la extorsión, el secuestro y la trata de personas. Y lo mismo podría decirse del delito de encubrimiento real que, en su forma agravada, tiene como delitos precedentes, además de los mencionados, al tráfico ilícito de drogas, rebelión, sedición, terrorismo y otros.

Finalmente, uno de los puntos que genera más controversia, y quizás una de las razones por las que existen muy pocas condenas por el delito de lavado, tiene que ver con la determinación del origen delictivo de los bienes, dinero, efectos o ganancias. A diferencia del enriquecimiento ilícito, en donde la condición de funcionario público –que ostenta un deber especial– lleva a plantear, a decir de algunos, una suerte de presunción en cuanto al carácter ilícito de un incremento patrimonial desproporcionado y no justificado,²⁸ en el delito de lavado de activos debe establecerse la proveniencia delictiva de los bienes objeto de lavado. Que el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 no estime 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 haya sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria*, no parece eximir de la obligación de determinar de alguna manera el origen ilícito de estos bienes; más aún cuando la misma norma vincula el lavado de activos a delitos en concreto (v. gr. minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, etc.). Desde luego, debe existir una base fáctica, pues no se puede conocer o impeler a conocer algo que no existe. En consecuencia, el análisis del aspecto subjetivo

²⁸ Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Palestra, 2003, 2º ed., p. 541. Ciertamente es que nuestra doctrina también se ha encargado de sortear esta objeción fundamental, y, así, se ha postulado que no estamos más que ante una ilicitud formal, pues la norma penal del artículo 401 no exige efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito, pues tan solo interesa demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.), vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Grijley, 2007, 4º ed., p. 862. Más allá de las objeciones que se pudieran hacer a cualquiera de estas posturas, lo que escaparía a los objetivos del presente trabajo, lo que queda claro es que, en el enriquecimiento ilícito, el tipo penal no exige que se determine el o los delitos que dan origen al incremento patrimonial no justificado.

(el dolo del agente, sea este directo o eventual) parte del presupuesto de que los bienes ocultados, transferidos, transportados, etc., tienen su origen en un delito grave.

Este parece ser el nudo gordiano. El Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 (fundamento jurídico n.º 32), si entendemos bien, no pretende liberar de la obligación de determinar la existencia del delito previo. El Acuerdo, en cuanto a este punto, sostiene que “la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriadad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado”, agregando que “*el delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal –como tal debe ser abarcado por el dolo– y su prueba condición asimismo de tipicidad*”. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva” [subrayado nuestro]. De este modo, reiteramos, no puede imputarse el dolo –llámese conocimiento de los elementos del tipo objetivo o de la creación de un riesgo prohibido– sin hacer referencia al delito fuente; el análisis del dolo parte del presupuesto de que los bienes o activos, objeto del delito de lavado, efectivamente tienen su origen en un delito especialmente grave, y así debe quedar acreditado.

III

Si bien se pueden plantear algunas diferencias entre los delitos de lavado de activos y los de receptación y encubrimiento, hemos podido ver que existen supuestos [modalidades típicas] en los que estas diferencias se difuminan. Y no es extraño que así ocurra, pues, como se sabe, la configuración del delito de lavado de activos ha sido estructurada a semejanza de las fórmulas de encubrimiento. Con lo cual, si bien desde el punto de vista criminológico se puede seguir planteando que estamos ante un comportamiento distinto [por su complejidad, por formar parte de la criminalidad organizada, por las cantidades o montos reciclados, etc.], lo cierto es que en tanto resulte difícil desenmarañar toda la trama delictiva en un caso concreto –piénsese que este delito, justamente, pretende evitar la identificación del origen delictivo de los bienes mediante la realización de un sinnúmero de complejas operaciones–, solo llegará a alcanzarse una pequeña porción del suceso criminal –en sus primeras fases sobre todo–, lo que haciendo perder la perspectiva, dificulta la identificación de un delito de lavado de activos, así como las diferencias que la separan con relación a la receptación y al encubrimiento real.

Así pues, el delito de lavado de activos seguirá planteando una serie de problemas de gran riqueza dogmática (v. gr. el grado de determinación del delito fuente; la imputación subjetiva; el momento consumativo del delito; cómo no, las diferencias con los delitos de receptación y encubrimiento, etc.). Desde el punto de vista criminológico, sin embargo, las preocupaciones seguirán siendo otras.

Al comienzo de este breve comentario, afirmábamos que el delito de lavado de activos tenía apenas una existencia normativa. Algunos considerarán esto una exageración. ¿Saben ustedes cuál es el número de internos en nuestro país que cumplen condena por el delito de lavado de activos a diciembre de 2012? Solamente cinco. Lo señala la Unidad de Estadística del Instituto Nacional Penitenciario. Todo esto, cuando el Perú pasó a ser el principal productor de cocaína en América Latina. Todo esto, a pesar de los niveles de corrupción y defraudación fiscal de nuestro país. Saque sus propias conclusiones.