

La ilusión de la “autonomía” del delito de lavado de activos

Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249... ¿Se puede condenar legítimamente a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?

Raúl Belealdo Pariona Arana*

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
prof.pariona@gmail.com*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I.- Situación antes del Decreto Legislativo N° 1249. II.- “Cambios” introducidos por el Decreto Legislativo N° 1249. III.- Situación después de la reforma: El tipo penal no ha cambiado, la acción típica sigue siendo la misma. IV.- Los peligros de la reforma. V.- Criterios y estándares de la Jurisprudencia. CONCLUSIÓN.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania). Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de San Martín de Porres. Socio del Estudio *Pariona Abogados*.

INTRODUCCIÓN

- 1.- El lavado de activos es un crimen grave en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que asegura las ganancias ilícitas originadas de la comisión de otros crímenes mucho más graves como el narcotráfico y, de esta manera, contribuye al sostenimiento de las organizaciones criminales dedicadas a la ejecución de estos delitos. Por ello, unánimemente, ya desde la Convención de Viena en 1988, se ha legitimado la sanción, como delito, del comportamiento consistente en convertir, transferir, ocultar o trasladar dinero proveniente de la comisión de un delito previo grave.
- 2.- En nuestro país, la norma vigente que sanciona el delito de lavado de activos es el Decreto Legislativo N° 1106, una norma muy severa que contempla penas que van desde los ocho hasta los treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Más allá de los cuestionamientos de legitimidad constitucional a algunos aspectos del procedimiento reglado en la norma, en lo sustancial, el comportamiento típico sancionado por nuestra ley ha mantenido el núcleo del contenido del injusto del delito: El delito de lavado de activos consiste en lavar, blanquear o dar apariencia de legalidad a bienes que tienen su origen en la comisión previa de otros delitos graves. Este es el *mínimum* de legitimidad que se exige para la criminalización de este comportamiento, el cual ha sido resaltado por la doctrina y respaldado por la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional.
- 3.- Sin embargo, en los últimos tiempos, jaqueados por una situación de alarma por los altos índices de criminalidad y por un contexto que condiciona una política criminal altamente represiva, se ha venido exigiendo una legislación aún más represiva, con la esperanza de que las leyes severas resuelvan “por sí solas” el problema de la criminalidad del lavado de activos. Es justamente en este marco que se inserta la reciente modificación de la ley introducida mediante el Decreto Legislativo N° 1249, orientado, según expresa declaración del legislador, a fortalecer la sanción del delito de lavado de activos.
- 4.- Pero, ¿en qué medida esta reforma constituye un verdadero cambio que fortalece la lucha y sanción del delito de lavado de activos? Si se analiza la norma, como se verá en detalle más adelante, la conclusión es que los

cambios introducidos son realmente inútiles para tal fin. Más aún, resultan contraproducentes para los propios fines de una lucha eficaz contra este flagelo, y, además, como colofón, entraña seriamente un grave peligro para las garantías y principios de un Derecho penal constitucional y democrático. El resultado de esta reforma es producto de una improvisación pocas veces vista y pareciera tirar por la borda el esfuerzo serio de muchos años por lograr una legislación racional, legítima y eficaz.

- 5.- En el presente trabajo se analiza las consecuencias de la reciente reforma a la Ley de Lavado de Activos introducida mediante el Decreto Legislativo N° 1249; se expone el panorama jurídico correspondiente al antes y al después de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1249 y se responde a la pregunta de si después de esta modificatoria se puede condenar legítimamente a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?

I.- SITUACIÓN ANTES DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1249

- 6.- El desarrollo legislativo que ha tenido el delito de lavado de activos en el Perú, desde la promulgación de la primera ley, Decreto Legislativo N° 736 en 1991 que introdujo el delito en nuestro ordenamiento jurídico, pasando por todas las demás normas que hemos tenido como la Ley N° 25404, Decreto Ley N° 25428, Ley N° 27765, hasta la norma actualmente vigente (Decreto Legislativo N° 1106), ha definido el delito de lavado de activos como el comportamiento consistente en dar apariencia de legalidad a bienes que provienen de la comisión de un delito previo grave. Como se puede observar, el núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se emplea para su tipificación, ***siempre exige un vínculo normativo con el “delito previo” que originó los bienes ilícitos.*** En consecuencia, no existe una autonomía (sustantiva) del delito de lavado de activos respecto del delito que originó los bienes ilícitos.

- 7.- En este mismo sentido, según la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, la configuración típica del delito de lavado de activos supone siempre el acto de “lavado” o “blanqueo” de bienes de *origen ilícito* los mismos que provienen de alguno de los *delitos* señalados expresamente en el segundo

párrafo del artículo 10° de la Ley. En efecto, la doctrina y jurisprudencia, basados en la redacción expresa de la norma, han especificado que la ley en sus artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 10° señala que los bienes objeto del delito de lavado de activos tienen “**origen ilícito**”, y que este origen ilícito presupone que los bienes provienen de “*actividades criminales*”; y que estas actividades criminales se circunscriben *únicamente* a aquellos delitos señalados expresamente en el segundo párrafo del artículo 10° de la ley. En efecto, la ley prescribe que el origen ilícito de los bienes “*corresponde a actividades criminales como son los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales...*”.

- 8.- En consecuencia, para la configuración típica del delito de lavado de activos y, por ende, para la imposición de una pena, no bastará la simple afirmación abstracta y genérica de que los bienes que posee un ciudadano son ilícitos, sino que se debe probar que provienen de alguno de los delitos contemplados en el segundo párrafo del artículo 10° de la ley.
- 9.- Asimismo, de conformidad con las garantías constitucionales y la teoría de la prueba en materia penal, para dar por probado el “origen ilícito” de los bienes se debe probar que dichos bienes tienen su origen en un determinado delito previo de los contemplados en el art. 10° de la ley. Es imposible probar que los bienes tienen “origen ilícito” sin probar que provienen de un determinado delito previo. Admitir que se puede acreditar el *origen ilícito* de los bienes sin probar que provienen de un determinado delito previo es un razonamiento equivocado, constituye una *petitio principii*, pues se da por hecho aquello que precisamente se debería probar.

De otro lado, también la tesis que sostiene que “únicamente se debe probar el *origen ilícito* y no la *actividad criminal previa* que produjo los bienes objeto del delito” contradice el principio de legalidad, el derecho a la prueba, el derecho de defensa y presunción de inocencia, pues resulta materialmente imposible probar el “origen ilícito” de un bien, sin determinar que provienen de un determinado delito previo; más aún, cuando la propia ley hace

referencia expresa a determinadas actividades criminales contempladas en el artículo 10°.

Los intentos por legitimar la prueba del “origen ilícito” en “abstracto”, desligado del delito fuente, están condenados al fracaso, pues no es posible probar el origen ilícito si no se determina que los bienes provienen de un determinado delito previo. Luego, si no se prueba que los bienes provienen de un delito determinado, estaremos frente a una *presunción de ilicitud* y expuestos ante el peligro de una *sanción por sospechas*.

- 10.- En consecuencia, según las leyes de nuestro país no se puede condenar a un ciudadano por lavado de activos si no se prueba, ya sea con prueba indiciaria o con prueba directa, que los bienes que posee son de origen ilícito, es decir, si no se prueba que los bienes son producto de la comisión de un determinado delito previo. Y, por prescripción de nuestra ley, la prueba del origen ilícito únicamente puede hacerse demostrando que los bienes provienen de la comisión de uno de los delitos previstos en el segundo párrafo del artículo 10° de la Ley. *Ergo*: conforme al Derecho penal peruano, concluida la investigación y definidos los hechos durante el juicio oral, no se puede condenar a una persona por lavado de activos, si no se prueba que los bienes que posee provienen efectivamente de un delito que se ha cometido previamente.

II.- “CAMBIOS” INTRODUCIDOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1249

- 11.- La ley de lavado de activos, Decreto Legislativo N° 1106, ha sido modificada recientemente mediante el Decreto Legislativo N° 1249, el cual ha introducido cambios en los artículos 2°, 3° y 10° de la ley.
- 12.- En lo sustancial, el artículo 2° que regula la modalidad de ocultamiento y tenencia ha sido modificado para introducir como comportamiento típico la modalidad de “poseer”. El resultado: Una modificación inútil, pues este comportamiento ya se encontraba regulado en la norma, donde se hacía referencia expresa a la modalidad “mantiene en su poder”. Lo que sí es relevante, y preocupa, es la supresión en este artículo del elemento de ten-

dencia interna trascendente del tipo. En efecto, se suprime del tipo subjetivo la referencia a que el comportamiento típico se realiza *“con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”*. Esta supresión genera el riesgo de sanción de un comportamiento que podría no tener contenido delictivo, pues como se sabe, el contenido del injusto del delito de lavado de activos está dado por el significado de las acciones orientadas a dar apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo.

- 13.- El artículo 3° que regula los actos de transporte y traslado ha sido modificado para incorporar como modalidades típicas el transporte o traslado “consigo o por cualquier medio” de “dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador”, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir el autor. Es decir, ahora la norma incorpora como objeto del delito los “instrumentos financieros negociables” sustituyendo la antigua referencia genérica a “títulos valores” y agrega como modalidad típica el hacer ingresar o salir del país bienes que se lleva “consigo o por cualquier otro medio”.
- 14.- Ahora bien, respecto al artículo 10° de la Ley, donde supuestamente se realizaría un cambio importante, la modificatoria ha consistido únicamente en incorporar el término *“sanción”* al texto de la norma. Ahora la norma señala que para la investigación, procesamiento y sanción del delito no es necesario que las actividades criminales que produjeron los bienes hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena.

Con la modificación del artículo 10° de la Ley pareciera habilitarse la posibilidad de condenar a una persona sin que siquiera se haya descubierto el delito fuente que habría originado los bienes ilícitos. Sin embargo, como veremos más adelante, la modificación legislativa no posibilita esta interpretación (aun cuando esta posiblemente haya sido la intención de sus redactores), puesto que el tipo penal no ha sido modificado, en absoluto, en ninguno de sus elementos.

III.- SITUACIÓN *DESPUÉS* DE LA REFORMA: EL TIPO PENAL NO HA CAMBIADO, LA ACCIÓN TÍPICA SIGUE SIENDO LA MISMA

15.- Después de la reforma introducida por el Decreto Legislativo N° 1249, la estructura típica del delito de lavado de activos no ha cambiado nada, los elementos del tipo penal siguen siendo los mismos. Según la ley vigente, el delito sigue consistiendo en lavar bienes que tienen origen ilícito, es decir, el delito sigue consistiendo en convertir, transformar, ocultar, tener o transportar bienes que tienen su origen delictivo en alguno de los delitos contemplados en el segundo párrafo del artículo 10° de la Ley.

16.- La reforma solo ha introducido el término *sanción* al primer párrafo del artículo 10° de la Ley, con lo que pareciera sugerir que se podría sancionar a una persona aun cuando el delito que originó los bienes ilícitos no haya sido descubierto, se encuentre investigado o haya sido objeto de sentencia previa. Sin embargo, en atención al principio de legalidad, esto no es posible. No se pudo sancionar a una persona como autor del delito de lavado de activos si no se determina que los bienes provienen de la comisión de otro delito cometido previamente.

Por mandato del principio de legalidad, principio de rango constitucional sobre el que se asienta el Derecho penal desde hace más de doscientos años, toda sanción penal, la imposición de una pena, será legítima únicamente si la acción desplegada por el ciudadano se subsume en el supuesto de hecho del tipo penal, es decir, que el comportamiento realizado sea típico; y, en consecuencia, dado que la reforma no ha modificado, en absoluto, el tipo penal del delito, el delito de lavado de activos sigue consistiendo en dar apariencia de legalidad a bienes que provienen de la comisión de un delito previo, por lo que queda claro que para sancionar a una persona por el delito de lavado de activos se requiere comprobar en el caso concreto que el ciudadano acusado efectivamente lavó bienes que provienen de la comisión de alguno de los delitos contemplados en el segundo párrafo del artículo 10° de la Ley. **Por ende, y haciendo uso de una terminología ya extendida, podemos concluir: el delito de lavado de activos, antes y después de la reforma, no tiene autonomía sustantiva. ¡La autonomía sustantiva es solo una ilusión!**

IV.- LOS PELIGROS DE LA REFORMA

- 17.- Lo que sí podría habilitar la reforma producida es el peligro de distorsión de la norma por una lectura equivocada de la ley, y más, si la ley se aplica en un ambiente represivo sin atender a los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la prueba y principio de imputación necesaria. Efectivamente, desde una anacrónica perspectiva inquisidora y persecutora se podría legitimar el reclamo de una *sanción por sospechas*.
- 18.- Sin embargo, consideramos que la racionalidad se impondrá en la jurisprudencia como ha venido ocurriendo hasta ahora, donde los jueces de nuestra república no han permitido condenas por sospechas, sino que han legitimado una sanción únicamente allí donde se ha probado que los bienes, el desbalance patrimonial, provienen efectivamente de la comisión de un determinado delito previo contemplado en el segundo párrafo del artículo 10° de la ley.

V.- CRITERIOS Y ESTÁNDARES DE LA JURISPRUDENCIA

- 19.- Efectivamente, según la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, no se puede condenar a un ciudadano por la simple sospecha de que los bienes que posee son de procedencia ilícita, sino que se tiene que probar que dichos bienes provienen efectivamente de la comisión de un delito previo, de alguno de los delitos contemplados en el artículo 10 de la Ley.
- 20.- Así ha sido señalado por la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 3-2010, donde expresamente los jueces supremos han indicado que el “origen delictivo o delito previo” es un elemento objetivo del tipo penal del delito de lavado de activos y, por tanto, su prueba es condición de tipicidad: “(...) *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 (...)*” (Acuerdo Plenario N° 03-2010, Fundamento 32).
- 21.- Esta doctrina legal ha sido reafirmada en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema. Así en el Recurso de Nulidad N° 1374- 2013- Lima, del 28 de noviembre de 2014, la Corte Suprema ha precisado que corresponde la

absolución cuando no se ha demostrado probatoriamente el origen ilícito de los bienes: “(...) **No existe prueba suficiente e idónea que demuestre de manera fehaciente e indubitable que los bienes de los procesados provienen de fondos de origen ilícito** (...)” La Corte agrega además: “(...) **En consecuencia, no se ha logrado destruir el principio fundamental de la presunción de inocencia, reconocido en el artículo dos, inciso vigésimo cuarto, parágrafo e) de nuestra Norma Suprema, por lo que debe ser absuelto el acusado** (...)” (Considerando Octavo de la Sentencia)

En otra Sentencia - Recurso de Nulidad N° 399-2014- Lima del 11 de marzo de 2015 - la Corte Suprema mantiene la misma línea de interpretación, al indicar que el delito previo debe ser indiciariamente probado, caso contrario el acusado debería ser absuelto: “(...) **En la investigación judicial como en el juzgamiento son aplicables las categorías del conocimiento de la posibilidad, probabilidad y la convicción o certeza, siendo que la responsabilidad penal de un imputado sólo debe determinarse cuando se ha llegado al grado de certeza, caso contrario, siempre que resulte insuperable la duda o mientras la actividad probatoria esté incompleta, la presunción de inocencia se encuentra incólume** (...)” (Considerando Tercero de la Sentencia)

En la misma línea de interpretación, en el Recurso de Nulidad N° 3091-2013- Lima, la Corte Suprema acoge la tesis de que el delito fuente o precedente es elemento objetivo del tipo penal del delito de lavado de activos: “(...) **El delito fuente del delito de lavado de activos necesariamente tiene que ser previo a la realización del mismo; es decir, para poder hablar del delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavar. El delito precedente es un elemento importante a corroborar en la configuración del delito de lavado de activos, si bien se precisa que dicho delito no se encuentre investigado, si deberá ser corroborado mínimamente** (...)” (Considerando Cuarto de la Sentencia).

- 22.- En este mismo sentido, la Sala Penal Nacional se ha pronunciado afirmando que el “origen ilícito de los bienes objeto del delito” es un elemento del tipo y que debe ser probado durante el juicio oral para poder sancionar al acusado. Así, el Colegiado “C” de la Sala Penal Nacional, en la Sentencia

recaída en el expediente No. 151-2010-0-5001-JR-PE-03 del 02 de febrero de 2016, señala que “(...) *El delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilícita, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, y en su caso, al sistema financiero. De modo que es necesario precisar la determinación del origen delictivo de los activos y el conocimiento de su origen ilícito (...)*” (Considerando 5.2.9 de la Sentencia). Agrega, además, siguiendo la línea de interpretación de la Corte Suprema, 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*” (Considerando 5.2.10 de la Sentencia).

23.- En el mismo sentido, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Ica en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01417-2011-37-Ica del 16 de junio de 2016, sustentándose en el Acuerdo Plenario N° 03-2010, ha señalado que: “(...) *El delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y en su caso, al sistema financiero. De modo que es necesario precisar la determinación del origen delictivo de los activos y el conocimiento de su origen ilícito (...)*” (Considerando Tercero de la Sentencia).

24.- Como se puede observar, la jurisprudencia de nuestro país - desde la Corte Suprema, Salas Superiores hasta los Juzgados de primera instancia- reafirma que toda sanción por delito de lavado de activos requiere necesariamente la demostración de que los bienes tienen su origen en determinado delito fuente. La jurisprudencia ha procedido correctamente afirmando los principios y garantías de la justicia en un Estado Constitucional de Derecho, y negando las condenas por sospechas de que los bienes podrían ser de origen ilícito.

La jurisprudencia ha afirmado que todo delito de lavado de activos presupone la comisión de un delito previo de entre los señalados en el artículo 10 de la Ley, el cual origina justamente los bienes de origen ilícitos, por lo que para condenar a una persona por este delito se debe cumplir con probar que los bienes bajo sospecha de ilicitud provienen efectivamente de la comisión de un determinado delito previo.

CONCLUSIÓN

1. La estructura típica del delito de lavado de activos, tras la reforma, no ha cambiado absolutamente en nada. Los elementos típicos del delito siguen siendo los mismos: El delito consiste en lavar bienes de origen ilícito procedentes de alguno de los delitos contemplados en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106.
2. En consecuencia, a la pregunta formulada al inicio del presente trabajo de si después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249 se puede condenar legítimamente a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un determinado delito previo?, mi respuesta categórica sigue siendo la misma: ¡no se puede condenar a un ciudadano por la comisión del delito de lavado de activos, si no se prueba que los bienes que posee provienen de un determinado delito que se ha cometido previamente, si no se prueba que los bienes tienen su origen en alguno de los delitos concretos contemplados en el segundo párrafo del artículo 10° de la Ley! En conclusión, el delito de lavado de activos no tiene autonomía sustantiva. ¡La autonomía sustantiva es solo una ilusión!