

LA APARENTE 'AUTONOMÍA SUSTANTIVA' DEL LAVADO DE ACTIVOS Y LA NECESARIA ACREDITACIÓN DEL DELITO FUENTE

THE APPARENT 'SUBSTANTIVE AUTONOMY' OF MONEY LAUNDERING AND THE NECESSARY ACCREDITATION OF THE CRIME SOURCE

Daniel Santiago Loli Ausejo*
Benites, Vargas & Ugaz Abogados

The article 10 of the Legislative Decree 1106 acknowledges the autonomy of the crime of money laundering. A sector of legal doctrine interprets this autonomy as 'substantive autonomy', meaning that the predicate offense is not included within the definition of the crime. In response to this stance, the author aims to emphasize the significance of the illicit origin as an element of the objective components of the crime of money laundering. Therefore, the author will reinforce the necessity of identifying and proving the predicate offense within the criminal process to properly establish the crime of money laundering.

Throughout the text, the author will discuss and interpret relevant legal provisions as well as national jurisprudence to conclude that the autonomy enshrined in Article 10 is limited strictly to procedural autonomy.

KEYWORDS: Money laundering; predicate offense; procedural autonomy; substantive autonomy; source crime.

El artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 reconoce la autonomía del delito de lavado de activos. Existe un sector de la doctrina que interpreta tal autonomía como 'autonomía sustantiva', es decir, aquella que no incluye al delito previo dentro del tipo penal. Ante esta postura, el autor procederá a enfatizar la importancia del origen ilícito como elemento del tipo objetivo del delito de lavado de activos. Por lo tanto, reforzará la necesidad de que el delito previo quede identificado y acreditado en el proceso penal para poder configurar el ilícito de lavado de activos.

A lo largo del texto, el autor dialogará e interpretará las normas relevantes, así como la jurisprudencia nacional para concluir que la autonomía consagrada en el artículo 10 se circunscribe únicamente a una autonomía procesal.

PALABRAS CLAVE: Lavado de activos; delito previo; autonomía procesal; autonomía sustantiva; delito fuente.

* Abogado. Asistente del curso de Derecho Penal Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (ULIMA). Actualmente, cursa el Master de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Carlos III de Madrid, así como un Posgrado de Compliance por la misma casa de estudios. Asociado en Benites, Vargas & Ugaz Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9337-9876>. Contacto: dloli@bvuu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 30 de septiembre de 2024, y aceptado por el mismo el 14 de octubre de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta finales del año 2016, a nivel normativo se disponía que, en virtud de la autonomía del lavado de activos, para la investigación y procesamiento de este delito no era necesario que las actividades criminales que produjeron los bienes ilícitos hayan sido descubiertas, sometidas a investigación o a proceso judicial ni que hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria.

El 26 de noviembre de 2016 se publicó el Decreto Legislativo 1249, con el que se modificó el artículo 10 de la actual norma de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado), agregándose que, para la sanción por este delito, tampoco se exigirá lo indicado en el párrafo anterior¹.

Asimismo, el 25 de octubre de 2017 se publicó la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, con la que, por voto en mayoría, la Corte Suprema de Justicia afirmó que la autonomía de lavado de activos se manifiesta tanto en un ámbito procesal como sustantivo. Además, la Corte indicó que, para condenar a alguien por el delito de lavado de activos, es suficiente acreditar de manera 'genérica' el origen de los bienes ilícitos. En ambos casos, no se brindó detalles reveladores de lo que ello implica.

Lo expuesto llevó a que ciertos sectores sostuvieran de forma categórica que nuestra legislación nacional reconoce la autonomía de lavado de activos desde una perspectiva sustantiva y que, como consecuencia de ello, no sería necesario identificar ni probar el origen ilícito producto de la actividad criminal para la configuración del tipo penal.

Bajo un enfoque crítico que busca ser constructivo, con este artículo se buscará explicar la importancia del delito fuente en la estructura típica del delito de lavado de activos, determinar si nuestro ordenamiento verdaderamente contempla una autonomía absoluta (procesal y sustantiva) del tipo penal e identificar algunas situaciones problemáticas del delito previo en los procesos penales.

II. EL DELITO FUENTE Y SU PROBANZA EN EL PROCESO PENAL

A. El origen delictivo como elemento objetivo del delito de lavado de activos y su ineludible vinculación con el delito previo

Cierto sector de la doctrina niega trascendencia al delito fuente en la estructura típica del lavado de activos (Páucar, 2013a, pp. 60, 64-65). Como consecuencia de dicha postura, se descartaría la necesidad de identificar y probar un delito concreto para acreditar la procedencia ilícita de los bienes en el delito de lavado de activos, incluso al momento de la emisión de la sentencia.

No obstante, conforme a la regulación legal del delito de lavado de activos, es claro que el origen ilícito, específicamente el origen delictivo, es un elemento normativo de dicho tipo penal y, por tanto, debe ser identificado y acreditado en un proceso.

Basta remitirnos a las conductas base contempladas en el Decreto Legislativo 1106 (artículos 1, 2 y 3) para notar que el tipo penal sanciona a aquella persona que realiza actos de lavado² respecto de dinero, bienes, efectos o ganancias (objeto del delito) que tienen un origen ilícito que conoce o debía presumir con el objeto de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Entonces, las conductas típicas de lavado siempre son realizadas en torno a un bien de origen ilícito.

Incluso en el primer párrafo del artículo 10 se menciona que el origen ilícito corresponde a actividades criminales que produjeron el objeto material. Esta referencia se replica en el tercer párrafo con el que la norma recoge la figura de autolavado (cuando el autor del delito fuente es autor también del delito de lavado de activos). Conforme a lo indicado por Seoane, la actividad delictiva previa es un hecho típico y antijurídico, más allá de que su autor pueda no ser culpable o le sea aplicable cualquier causa de exclusión de pena (2017, p. 102).

De igual modo, en el segundo párrafo de dicho artículo se establece que el origen ilícito que tiene o debía presumir el agente es en relación a delitos como la minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo,

¹ Artículo 10.- El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción 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 condena. (Decreto Legislativo 1106, 2012) [el énfasis es nuestro]

² De acuerdo con los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, se tratan de acciones de convertir, transferir, adquirir, utilizar, administrar, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar, tener, transportar o trasladar dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conocer o debía presumir.

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, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción del delito de receptación. Es más, incluso al final del mismo párrafo se señala que el origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

Hasta aquí queda claro que nuestra legislación ha realizado una equiparación entre el origen delictivo y las actividades criminales previas, para lo cual la norma en cuestión pasa a nombrar a algunos delitos como ejemplos y precisando que también serán considerados como tales **cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales**.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, este término se refiere a toda actividad criminal que pueda producir réditos económicos de cualquier forma o magnitud, exponiendo algunas tipologías como son las actividades criminales de despojo (robo, extorsión, estafa, etc.), abuso (peculado, concusión, colusión, enriquecimiento ilícito, administración fraudulenta, etc.) y de producción (tráfico ilícito de drogas, tráfico ilegal de armas, trata de personas, minería ilegal, etc.) (p. 14). Entonces, es evidente la correspondencia entre el origen delictivo, las actividades criminales y el delito previo con potencialidad de generar ganancias ilegales, razón por la que el delito precedente debe ser identificado y probado por su gran importancia en la tipicidad objetiva del lavado de activos.

Como bien señala el profesor Pariona Arana, no es lógico afirmar que determinados bienes son de origen ilícito si no se determina que provienen de determinado delito. En tal sentido, el autor agrega que la referencia a 'determinado' delito supone la indicación de un delito concreto 'con nombre y apellido', es decir, no un delito de manera general o 'en abstracto', sino uno que nuestra legislación contemple (2021, p. 70).

La exigencia de un delito fuente se desprende del texto de la ley. Por tanto, como paso previo a la determinación del lavado de activos se debe verificar la comisión del delito previo, para lo cual el artículo 10 establece los delitos fuente respecto de los cuales puede desprenderse el de lavado de activos (Reátegui, 2012, p. 173).

Esta posición también es acogida en materia jurisprudencial. En el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 (fundamento jurídico 30-32), la Corte Suprema de Justicia sostuvo expresamente que el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro ilícito penal generador de una ganancia ilegal, precisándose que el delito fuente es un elemento objetivo del penal.

En el mismo sentido, en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 (fundamento jurídico 14), se recaló que el origen ilícito de los activos objeto de las operaciones de lavado de activos es un componente normativo de tal injusto penal y que dicho origen corresponde a actividades criminales con capacidad de generar ganancias ilícitas, como la extorsión, robo, estafa, peculado, colusión, tráfico ilícito de drogas, entre otros. En esta misma sentencia (fundamento jurídico 18-21) se precisó que, para condenar a alguien, tratándose de un elemento del tipo penal, el delito fuente debe probarse bajo un nivel de convicción más allá de toda duda razonable, no bastando meras sospechas.

El origen de los bienes debe tener siempre una connotación penal no solo por lo dispuesto por nuestra legislación y jurisprudencia. En estricta observancia del principio de subsidiariedad, no puede derivar de algún ilícito de índole civil, societario o administrativo, o meras situaciones no justificadas de incremento patrimonial, pues, de lo contrario, se estará ante una conducta atípica³. En todo caso, si se está ante "capitales de procedencia ilícita, pero no delictiva, lo más aconsejable será recurrir a mecanismos de derecho privado (acción pauliana o de ineficacia del acto jurídico)" (García, 2013, p. 157).

Respecto al alcance de las actividades criminales, según la doctrina dominante, debe entenderse al delito previo en un sentido limitado, por lo que solo será necesario que la conducta previa que genera los activos sea típica y antijurídica, pues la ilegitimidad de la adquisición de las ganancias se sustenta solo en la antijuridicidad de la conducta que las genera (Pérez, 2019, p. 34).

El blanqueo de capitales se caracteriza por su capacidad de permitir al delincuente disfrutar del producto del delito con tranquilidad y de obtener de él ulteriores rendimientos, para lo cual se utiliza con absoluta normalidad las entidades e instituciones del sistema económico lícito (Martín, 2019, p. 505). Si no existiese un origen ilícito, entonces

³ En sentido similar, Caro Coria señala que la ley peruana es clara en el sentido que los activos deben provenir o haberse originado en actividades delictivas (2013, p.199).

no se habrá configurado el delito de lavado, más allá de que en el proceso se hayan detectado ciertas operaciones sospechosas y un incremento patrimonial injustificado.

B. El origen delictivo en el aspecto subjetivo del tipo penal de lavado de activos

Al ser el origen delictivo parte del elemento objetivo, es evidente que también este debe ser abarcado por el dolo del autor. Ergo, para que se sancione a alguien por lavado de activos, en el proceso penal debe demostrarse que el agente tiene un conocimiento seguro del origen ilícito (dolo directo) o, en todo caso, que podía presumir el origen criminal del objeto delictivo (dolo eventual).

En cuanto a esto último, dado que la norma sanciona el "conocimiento del origen ilícito que tiene o debía presumir el agente", basta que el lavador conozca que aquello que inserta al mercado económico tiene fuente delictiva o pueda presumirlo atendiendo a las circunstancias, no siendo necesario que conozca todos los detalles e intervinientes en la comisión del delito precedente (Decreto Legislativo 1106, 2012). Como señala Joffre, la frase 'debía presumir' impone al autor el deber de premunirse de conocimiento que le permita reconocer cuándo se encuentra ante una actividad con bienes ilícitos y así abstenerse de involucrarse en ella (2019).

De este modo, en el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 (fundamento jurídico 17-18), la Corte Suprema sostuvo que el delito fuente es un elemento objetivo del tipo legal, por lo que, como tal, debe ser abarcado por el dolo y su prueba es requisito de tipicidad. Desde la tipicidad subjetiva, en el caso de dolo directo, el sujeto activo ejecuta las modalidades de lavado de forma consciente y voluntaria. A ello agrega que también es posible la presencia de dolo eventual, en cuyo caso el lavador puede presumir que los bienes tienen un origen ilícito, no siendo exigible que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuándo se cometió, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución.

En sentido similar, en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 (fundamento jurídico 21) se señaló que, para la condena del delito de lavado de activos, subjetivamente se requiere dolo directo o dolo eventual, siendo que en este último supuesto no se necesita acreditar que el lavador tenga un conocimiento preciso o detallado en todos sus pormenores del origen delictivo de los activos, bastando la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal.

No podría ser de otra manera, ya que en muchos casos el individuo encargado de lavar dinero no conoce cuál es el origen exacto de los fondos, sino que su principal objetivo es darles una apariencia de legalidad y hacer que ingresen al mercado sin ser detectados. De lo contrario, a las organizaciones criminales les bastaría elaborar estructuras organizadas o corporativas dedicadas a lavar activos ilícitos, manteniendo a sus miembros alejados de cualquier información sobre el origen de los bienes que se les encargó lavar, lo que facilitaría la impunidad.

No hay que confundir la probanza del origen ilícito como elemento normativo del tipo penal con el dolo que debe ser abarcado por el autor, en cuyo caso no se requiere que el lavador conozca todo el detalle o circunstancias de la comisión del delito fuente. El origen delictivo, al ser un elemento del tipo penal, debe ser probado bajo un nivel más allá de toda duda razonable para una sentencia condenatoria.

III. LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

La autonomía procesal del lavado de activos permite anular los principales obstáculos contra las investigaciones por tal tipo penal, a fin de permitir al Estado indagar sobre presuntas ganancias ilícitas y operaciones sospechosas cuando aún no se ha podido identificar el delito previo objeto de lavado.

El legislador ha procurado recoger esta autonomía procesal en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, en cuyo texto original se señalaba que se puede investigar y someter a un proceso a alguien por lavado de activos, sin que sea necesario respecto al delito previo: (i) que exista una investigación o proceso en curso para su determinación; (ii) que haya existido una sentencia condenatoria; (iii) que previamente haya sido objeto de prueba; o (iv) que este haya sido descubierto.

En cuanto a cada aspecto hay que considerar lo siguiente.

A. Posibilidad de investigar y procesar a una persona por lavado, sin requerir que el delito previo haya sido sometido a investigación o proceso judicial

Dado que el delito fuente es la actividad criminal que originó los bienes ilícitos objeto de lavado, es posible que se realicen de manera simultánea investigaciones tanto por el delito precedente como por el delito de lavado de activos. También puede ocurrir que, antes de iniciar la investigación por lavado, ya se haya desarrollado una investigación

por el delito previo ante otra fiscalía. Pero, ¿qué ocurriría si no existiera ninguna investigación o proceso por el delito precedente?

La expresión auténtica de la autonomía procesal de lavado es la posibilidad de investigar o procesar a una persona por lavado de activos, incluso en ausencia de una investigación o proceso penal (ya sea previo o paralelo) por el delito precedente generador de los activos de origen ilícito. De tal forma, se busca la persecución penal de aquellas personas que han incurrido en cierta modalidad de lavado, sin que exista algún obstáculo procesal respecto al delito previo.

Ello implica que el delito previo puede ser identificado y acreditado en el mismo proceso de lavado de activos, a pesar de que el único delito imputado (y por el que puede haber una pena) sea el de lavado y no el delito precedente. El Ministerio Público seguirá teniendo la carga de la prueba respecto del delito previo en el mismo proceso penal en el que imputa lavado de activos, más allá de que no sea materia de imputación dicho delito previo.

En efecto, no se requerirá un proceso distinto por el delito precedente generador de los activos de origen ilegal, pero ello no implica que este no tenga que ser acreditado. No podría ser de otra manera, pues el origen delictivo sigue siendo parte de la estructura típica del delito de lavado, con lo cual será imposible probar su configuración si es que a su vez no se prueba la existencia del delito previo y su conexidad con los activos maculados.

Asimismo, conforme el proceso penal avanza, crece la responsabilidad de identificar y probar el delito previo. De ahí que en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 (fundamento jurídico 23-25) se señaló que, a medida que se progresa en cada etapa del proceso penal de lavado de activos, aumenta el nivel de sospecha requerido, lo cual implica una mayor precisión de las circunstancias del delito previo.

Al respecto, para dar inicio a la investigación preliminar no hay mayor exigencia en cuanto al delito precedente, bastando un nivel de 'sospecha inicial simple', siendo ello equivalente a la posibilidad de un presunto hecho delictivo con cierto nivel de delimitación. No obstante, si el fiscal formaliza la investigación ante un juez de investigación preparatoria (dando inicio formal a un proceso penal), de acuerdo a la Corte Suprema debe constatar un nivel intermedio de fijeza del delito previo, dado que este se encuentra incorporado al delito de lavado de activos. En tal caso, según la Corte, deberá precisarse cuál actividad criminal es (al menos en términos generales) y la ilicitud de los activos objeto de las

modalidades de lavado (Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, fundamento 24, puntos A-B).

Más aún, para la acusación fiscal y la emisión del auto de enjuiciamiento por parte del juez de investigación preparatoria, se exigirá un grado de sospecha suficiente, por lo cual, a fin de garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción, se requiere que la imputación sea completa (inclusión de todos los elementos fácticos del tipo penal) y específica (precisión de las acciones consideradas delictivas). De acuerdo con la Corte Suprema, llegado el proceso a tal punto, en cuanto al lavado de activos debe mencionarse la actividad criminal previa de la que proceden los activos cuestionados, sin perjuicio de identificar los otros elementos del tipo penal (Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, fundamento 24, punto C).

En conclusión, este ámbito de la autonomía procesal implica que el Ministerio Público puede iniciar o procesar a alguien por el delito de lavado de activos sin necesidad de que exista o haya existido una investigación o judicialización del delito precedente generador de los activos ilícitos (delitos contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, extorsión, fraude informático, fraude a la administración de personas jurídicas, entre otros). Sin perjuicio de ello, al formar parte de la tipicidad objetiva (y, por tanto, desde el ámbito subjetivo también tiene que ser abarcado por el dolo), el delito previo tendrá que ser acreditado en el propio proceso de lavado de activos, con un grado de probanza en función a cada fase del proceso penal.

B. Posibilidad de investigar y procesar a alguien por lavado, sin requerir que exista una previa sentencia condenatoria por el delito precedente

Por otro lado, como otra manifestación de la autonomía procesal, para que se investigue o procese a alguien por lavado, no se exigirá que previamente se haya emitido una sentencia condenatoria contra una persona por el delito precedente que haya generado bienes ilícitos lavados.

Es posible que antes de iniciar una investigación por lavado, ya exista una sentencia condenatoria respecto al delito previo, en cuyo caso lo ideal sería recurrir al traslado de la prueba. Sin embargo, si dicha sentencia no existe, ello no impedirá que se pueda investigar o procesar a alguien por lavado, sino que será necesario acreditar progresivamente el delito precedente en cada fase del proceso penal. Si para ello no se requería de una investigación o proceso (previo o paralelo) por el delito precedente, mucho menos se necesitaría una sentencia condenatoria previa.

C. Posibilidad de investigar y procesar a alguien por lavado, sin requerir que el delito precedente haya sido previamente objeto de prueba

Conforme a lo ya señalado, el delito previo debe probarse al ser parte de la tipicidad del delito de lavado de activos, acreditación que será mayor conforme al avance del proceso penal. Sin embargo, en la norma se prescribe que, para la investigación y procesamiento, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido previamente objeto de prueba, lo que aparentemente parecería sugerir lo contrario.

En línea de lo señalado por Mendoza Llamacponca, en realidad no hay contradicción, ya que la referencia de la norma al 'objeto de prueba' se circunscribe únicamente al proceso penal del delito precedente, no al proceso por lavado de activos en el cual sí deberá ser objeto de prueba (2017, pp. 294-295). Esto se clarifica en el texto de la norma cuando se consigna el término 'previamente'. La norma no impide que en el mismo proceso penal de lavado de activos se determine y acredite el origen delictivo como parte del objeto de prueba de este delito, lo cual es una exigencia constitucional impuesta por los principios de imputación necesaria y de presunción de inocencia.

La actividad probatoria del delito antecedente consistirá en probar tanto el delito previo, así como que los bienes que son objeto de blanqueo provienen de este, lo cual puede realizarse por prueba indiciaria. Esto es, debe existir prueba del nexo que une a la actividad delictiva y los bienes concretos que son objeto de blanqueo (Seoane, 2017, p. 105).

D. Posibilidad de investigar y procesar a alguien por lavado, sin requerir que el delito precedente haya sido descubierto

De acuerdo al referido artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se permite investigar y procesar a alguien por lavado de activos sin que sea necesario que el delito previo sea descubierto. Este supuesto

sería el efecto más radical respecto a la autonomía procesal, pues ello implicaría que dentro de la investigación o proceso no sería de exigencia identificar en lo más mínimo cuál es el delito concreto generador de los bienes ilegales materia de lavado.

En efecto, las diligencias preliminares de una investigación penal pueden iniciarse con tan solo una 'sospecha inicial simple', definida como la posibilidad de un presunto hecho delictivo con cierto nivel de delimitación, sin mayor nivel de exigencia adicional. Sería desmedido exigir una identificación concreta del delito previo ni bien se inician las diligencias preliminares, pues justamente uno de los objetivos principales de una investigación por lavado será determinar si los activos tienen origen delictivo o no.

Por ejemplo, una persona es detenida en el aeropuerto porque se descubre que pretendía viajar al extranjero con cientos de miles de dólares en efectivo sin haberlos declarado, y guarda silencio cuando se le pregunta sobre su fuente. El hecho de que en el momento de la intervención no sea posible identificar cuál es su origen, no será óbice procesal para que la fiscalía especializada en materia de lavado de activos, desde el primer día, pueda iniciar diligencias preliminares por la modalidad de lavado contemplado en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1106⁴. Será en la propia investigación en la que se apunte a descubrir cuál es su fuente. Por tanto, a fin de evitar casos de impunidad, resulta correcto que se permita iniciar diligencias preliminares contra alguien por lavado de activos, sin que sea necesario que el delito previo sea descubierto.

Sin embargo, distinta es la vertiente normativa en la que se prescribe que puede procesarse a alguien por lavado de activos, sin requerir que el delito previo sea descubierto, es decir, cuando concluyen las diligencias preliminares y se formaliza la investigación preparatoria. Este extremo de la disposición legal resulta cuestionable y completamente inaplicable a un proceso en giro, pues presenta una contradicción evidente e irreconciliable tanto con el Decreto Legislativo 1106, como con lo establecido por la Corte Suprema en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433⁵.

⁴ Artículo 3.-

El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "al portador" cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de cinco a veinte años de conformidad con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal. (2012).

⁵ Incluso algunos autores señalan que la precisión del delito previo debe darse desde las diligencias preliminares o de lo contrario se afectarían derechos fundamentales. Bajo esta postura, resulta grave que la ley acepte la posibilidad de investigar por lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto o sin una hipótesis por más preliminar que sea (Caro, 2013, p. 210).

En primer lugar, el legislador pasa por alto que, bajo una interpretación sistemática de la norma sobre lavado de activos (artículos 1, 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo 1106), el origen delictivo es un elemento objetivo del tipo penal y como tal, debe ser abarcado por el dolo del autor. Por tanto, es inconcebible que, una vez formalizado el proceso penal, no se requiera identificar o al menos señalar de manera general cuál es el delito precedente.

Por otro lado, de acuerdo a la Corte Suprema, al emitir la disposición de formalización de la investigación preparatoria, se debe precisar de cuál actividad criminal se trata (como mínimo en términos generales) y la ilicitud de los activos objeto de las modalidades de lavado.

Desde la formalización de la investigación preparatoria, el Ministerio Público tiene el deber de comunicar debidamente al imputado la hipótesis (así como los elementos de convicción que la sustentan) de la procedencia delictuosa de los activos, a fin de que este pueda ejercer contradicción. De no hacerlo, se violaría claramente el derecho de defensa, del cual el principio de imputación necesaria es una manifestación fundamental (Mendoza, 2017, p. 277).

De hecho, conforme a la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, para que se pueda formular la acusación fiscal y emitir el auto de enjuiciamiento, ya debe haberse identificado la actividad criminal previa de la que proceden los activos cuestionados, así como realizar la subsunción respecto a los otros elementos del tipo penal. Por tanto, es evidente que, en ambos casos, el delito precedente debe estar identificado progresivamente en la investigación preparatoria y ya concretado de forma definitiva en la acusación fiscal.

Por ello, la disposición referida a que pueda procesarse a alguien por lavado de activos, sin que sea necesario que el delito previo sea descubierto, resulta inaplicable. Más allá de lo indicado en la norma, para el procesamiento de una persona por lavado de activos, en dicho proceso deberá identificarse el delito previo, teniendo en cuenta los cánones mínimos exigidos por la Corte Suprema.

En todo caso, para que el extremo de esta disposición no resulte irrelevante, bajo una interpretación sistemática y lógica de la norma, podría interpretarse que es posible procesar a alguien por lavado sin que el delito precedente haya sido descubierto en un proceso previo o paralelo, siempre que dicha identificación se realice en el propio proceso por lavado de activos.

Ahora bien, tras la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1249, publicado el 26 de no-

viembre de 2016, el texto actual del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 es el siguiente:

El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y **sanción** 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 condena. (2012) [el énfasis es nuestro]

Con esta reforma se permite la sanción por lavado de activos en cualquiera de las cuatro situaciones antes descritas. En relación a esta modificatoria, en la exposición de motivos de la norma únicamente se señaló:

Por otro lado, en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 si bien se señala expresamente la autonomía del delito de lavado de activos, una interpretación literal de la norma puede llevar a concluir que dicha autonomía se circunscribe al ámbito de la investigación y procesamiento, mas no al ámbito de la sanción. En consecuencia, se introduce la expresión «sanción» para clarificar que la autonomía del lavado de activos abarca los tres ámbitos: investigación, procesamiento y sanción. (2016, p. 11)

En realidad, esta modificatoria no distorsiona el sentido auténtico de la norma original. No obstante, algunos sectores han afirmado equivocadamente que con este cambio normativo se reafirma la figura de la 'autonomía sustantiva' del lavado de activos supuestamente recogida en nuestra legislación, posición de la que diferimos tal como se explicará en el siguiente apartado.

IV. LA 'AUTONOMÍA SUSTANTIVA' DEL LAVADO DE ACTIVOS

Bajo la 'autonomía sustantiva' se postula que el delito previo no forma parte del tipo penal de lavado de activos, por lo que no se necesita que sea determinado ni probado para lograr una condena. En sintonía con dicha tesis, Páucar señala que, por la lectura del tipo penal, para sancionar a alguien por lavado, no se requiere descubrir cuál es el delito fuente concreto o las actividades criminales que dieron origen al dinero, bastando acreditar la existencia de un origen ilícito sobre el objeto del delito (2013b, p. 175).

Bajo la perspectiva de tal postura, el delito previo deberá probarse únicamente cuando se trate de la agravante contenida en el tercer párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo 1106, en el que se dispone que se sancionará a una persona hasta con veinticinco años de pena privativa de libertad cuan-

do los bienes provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas. En esa línea, Prado Saldarriaga señala que únicamente para la configuración de esta agravante es requisito establecer la conexión entre los bienes objeto de los actos de lavado con uno de los delitos listados taxativamente el tercer párrafo del artículo 4 (delito previo), siendo necesaria su probanza en tal supuesto (2013, p. 263).

Lo expuesto en los apartados anteriores deja en claro que esta postura es errónea y por tanto nuestro ordenamiento únicamente contempla la autonomía procesal del lavado de activos, mas no una 'autonomía sustantiva'. Basta verificar las conductas base del lavado de activos (artículos 1, 2 y 3) y el propio artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 para evidenciar que el delito fuente está incorporado intrínsecamente en la estructura típica del lavado de activos y por tanto debe estar acreditado, siendo ello corroborado por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia.

Por otro lado, siguiendo a Mendoza, el tercer párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo 1106 no prescribe la sanción de una conducta específica desligada de la modalidad base de lavado (2017, p. 285). En realidad, la agravante hace referencia a que se sancionará con mayor pena cuando "el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas", por lo que evidencia su conexión con los tipos base (artículos 1, 2 y 3) (Decreto Legislativo 1106, 2012). Al tener la misma estructura típica, el origen delictivo debe probarse bajo un mismo nivel de exigencia tanto en el tipo base como en la agravante. Por ello, en el caso de esta última, es necesario, primero, verificar todos sus elementos típicos (sujeto activo, conductas típicas de los artículos 1, 2 o 3, origen delictivo y el elemento subjetivo) y, después, constatar si el delito precedente corresponde a alguno de los mencionados en la agravante específica.

En concordancia con Blanco Cordero, es imprescindible un nexo entre el objeto de blanqueo y una actividad delictiva previa (delito previo), por lo cual, para condenar a una persona por lavado, debe acreditarse ante el juez competente que los bienes proceden de un delito determinado (2015, p. 345).

En definitiva, en el proceso el origen delictivo tiene que ser objeto de prueba. La acreditación del delito fuente por medio de prueba indiciaria, sin la observancia de una actividad probatoria por parte de los sujetos procesales, es violatoria de los principios modulares del debido proceso y del conjunto de garantías que otorga el ordenamiento jurídico a las partes (Ospitia, 2016, p. 161).

Conforme a lo indicado por Pariona, la tesis de la 'autonomía sustantiva' transgrede el principio de legalidad, pues ignora que la actual norma de lavado de activos reconoce expresamente el origen delictivo como elemento del tipo objetivo (2021, pp. 75-77). Asimismo, se vulneran el derecho de defensa, derecho a la prueba y presunción de inocencia, al sostener que no es necesaria la prueba del delito previo, sino solo una 'acreditación abstracta' o, peor aún, que no es necesario probar en absoluto el origen ilícito. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce únicamente la autonomía procesal del lavado de activos, sin extender dicha autonomía al ámbito sustantivo, por lo que, al no existir dicho reconocimiento, no será posible condenar a una persona por lavado sin la debida identificación y probanza del delito precedente.

No obstante, algunos sectores afirman que, a raíz de la publicación del Decreto Legislativo 1249 y la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, se habría abierto un frente hacia el reconocimiento de la 'autonomía sustantiva' en nuestro país, excluyendo la carga probatoria del delito previo para una condena por lavado. Dicha afirmación no es cierta, como se precisará a continuación.

A. Sobre el Decreto Legislativo 1249

A través del Decreto Legislativo 1249 se modificó el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106. De tal forma, normativamente se introdujo que, para sancionar penalmente a una persona por lavado de activos, no es indispensable que el delito precedente haya sido descubierto, sometido a investigación, proceso judicial, o sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria.

Ello no significa que se haya incorporado un reconocimiento de la autonomía sustantiva por parte del legislador. En realidad, en línea de lo indicado por Mendoza, la glosa 'para su sanción' no añadió nada nuevo que no se coligiera del texto original del artículo 10 y, por tanto, no se alteró el irrenunciable deber de postular, debatir y probar la procedencia delictiva del origen delictuoso en el propio proceso de lavado (2017, pp. 288-289).

El Decreto Legislativo 1249 no constituyó una modificatoria importante de los artículos 1, 2, 3 y 10. De una interpretación sistemática podemos concluir que el delito previo sigue siendo parte de la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos y, en consecuencia, aún hay obligatoriedad de su probanza, advirtiendo que la norma no ha suprimido cualquier referencia a actividades criminales previas u origen delictivo recogidos en dichos artículos.

En primer lugar, mediante la modificación del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se ha normado que se puede sancionar a alguien por lavado, no siendo “necesario que las actividades que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias [...] se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial [...]” (2012).

En realidad, dicha modificatoria no implica un cambio respecto a la regulación de la autonomía del lavado. Si para investigar o procesar a alguien por dicho tipo penal no es necesario que respecto al delito previo haya existido una investigación o proceso previo culminado, ni que paralelamente exista una segunda investigación o proceso, bajo la misma lógica, para sancionar a una persona por lavado no se requerirá lo mismo. Si bien no hay un cambio al sentido de la norma, ello no exime que en el propio proceso de lavado se tenga que acreditar el delito previo, el mismo que debe ser delimitado progresivamente durante la investigación y concretado durante la acusación.

Por otro lado, con el Decreto Legislativo 1249 también se agregó en el artículo 10 que para sancionar a alguien por lavado “no es necesario que las actividades que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias [...] hayan sido previamente objeto de [...] condena” (2016). En efecto, si bien el delito de lavado recae en capitales procedentes de una actividad delictiva antecedente, la configuración del tipo no requiere una condena anterior por ese delito previo ni en el mismo proceso penal, ni en otro⁶ (Reinoso, 2020, p. 68). De acuerdo a Abel Souto, no se exige una condena por el delito antecedente, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva (2019, p. 251). Ello no exime que el delito previo tenga que ser acreditado en el proceso de lavado, por lo que esta modificatoria no tiene relación alguna con la denominada ‘autonomía sustantiva’ del lavado de activos.

En tercer lugar, la norma establece que para sancionar penalmente por lavado “no es necesario que las actividades que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias [...] hayan sido previamente objeto de [...] prueba [...]” (2012). En congruencia de lo señalado anteriormente, eso significa que para sancionar a alguien por lavado no se requerirá que el delito precedente haya sido objeto de prueba en un proceso previo; el objeto de prue-

ba deberá centrarse en el proceso en el que se pretende su condena, esto es, en el de lavado de activos. Por tal razón, al momento de dictar sentencia, el juez deberá fundamentar adecuadamente los medios probatorios actuados en juicio oral que le permitieron identificar y tener por probado el delito fuente que originó los activos materia de lavado.

Finalmente, con la norma modificatoria se introdujo que para emitir sentencia condenatoria a alguien por lavado “no es necesario que las actividades que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias [...] hayan sido descubiertas [...]” (Decreto Legislativo 1249, 2016). En coherencia con la posición asumida, el extremo de esta disposición es inaplicable a un proceso penal por lavado al ser contradictoria con la esencia de la norma de lavado de activos, así como con la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433.

El Decreto Legislativo 1249 no suprimió las referencias al origen delictivo contemplados en los artículos 1, 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo 1106. Este origen sigue siendo un elemento objetivo del tipo penal –que debe ser abarcado por el dolo–, por tanto, debe ser debidamente acreditado e identificado, más aún si se tratara de una sentencia condenatoria. En efecto, la Corte Suprema señaló que, conforme avanzan las averiguaciones, el grado de determinación de la actividad criminal previa se va precisando, siendo que, en el caso de una sentencia condenatoria, el origen delictivo debe concretarse o de lo contrario faltará un elemento esencial del tipo penal⁷.

En todo caso, si se quisiera dar una interpretación compatible y sistemática con la normativa de la materia, deberá entenderse que se puede sancionar a alguien por lavado, sin que sea necesario que el delito previo sea descubierto en un proceso previo o paralelo, aunque sí existirá obligatoriedad de realizar dicha identificación del delito precedente en el propio proceso de lavado de activos.

B. Sobre la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433

El 25 de octubre de 2017 se publicó la Sentencia Plenaria Casatoria del Primer Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos en lo Penal⁸, cuyo objetivo era resolver los puntos de controversia referidos a (i) la autonomía del lavado de acti-

⁶ De acuerdo al autor, basándose en la Sentencia 613/2018 del 29 de noviembre emitida por el Tribunal Supremo de España, el requisito de la condena previa o la identificación del autor haría imposible en la práctica del tipo de blanqueo.

⁷ Fundamento 25 de la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433.

⁸ El 25 de octubre de 2017 se publicó la sentencia en el diario oficial El Peruano, pero se consignó como fecha 11 de octubre de 2017.

vos; (ii) la necesidad de la noción de 'gravedad' en los delitos que generan activos ilegales; y (iii) determinar el estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con la actividad criminal previa, así como los ámbitos e intensidad que debe comprender su probanza, tanto en sede de investigación preparatoria, de acusación y de sentencia.

Tras la emisión de la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, determinado sector afirmó que jurisprudencialmente la Corte Suprema se inclinó por reconocer la 'autonomía sustantiva' del lavado de activos, por lo que ya no existía obligatoriedad de acreditar el delito previo en un proceso penal de lavado de activos. Algunos de los fundamentos de la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 que habrían llevado a esta interpretación errónea son los siguientes:

- La opción política criminal asumida por el legislador corresponde a una autonomía sustantiva, procesal y punitiva del delito de lavado de activos (fundamento jurídico 11).
- No es posible rechazar la autonomía del lavado de activos en nuestro sistema penal. No cabe obstruir o evitar la investigación, juzgamiento y sanción del lavado de activos, colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la calidad, circunstancias, actores o destino jurídico que corresponda a los delitos precedentes (fundamento jurídico 12).
- Las actividades criminales (artículo 10) no pueden entenderse como la determinación de la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de diversos agentes individualizados. No es un requisito indispensable para que pueda formularse acusación y emitirse condena (fundamento jurídico 19).
- No se requiere la identificación de operaciones delictivas previas, basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico. Como no se necesita una condena anterior de la actividad antecedente, es suficiente establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del mismo (fundamento jurídico 19).
- No hay accesoriadad del lavado respecto de la actividad criminal que determinó el activo maculado. No cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva de modo genérico (fundamento jurídico 20).

Si bien ciertos fundamentos jurídicos son altamente cuestionables, el resultado de la Sentencia Plenaria Casatoria, después de todo, puede ser calificada como positiva. A pesar de que, formalmente, se sostiene que la autonomía se presenta incluso desde una perspectiva sustantiva, un análisis integral de este pronunciamiento revela que, en la práctica, la Corte Suprema, de igual modo, exige la identificación y probanza del delito precedente en el proceso de lavado de activos para que se concrete su configuración. Así tenemos:

- a) En la misma sentencia, la Corte reafirma que el artículo 10 hace expresa referencia a que el origen ilícito es un elemento objetivo que debe ser abarcado por el dolo del autor de las operaciones de lavado (fundamento jurídico 14), teniendo ello como consecuencia que el delito previo deba ser identificado y probado.
- b) Asimismo, la Corte precisa que el origen ilícito corresponde necesariamente a actividades criminales que tengan capacidad de generar ganancias ilícitas. Agrega que, cuando en el segundo párrafo del artículo 10 se prescribe que el conocimiento del origen ilícito presumido por el agente corresponde a determinados delitos, así como "cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales", esto último no viene a ser otra cosa que cualquier actividad criminal capaz de producir réditos económicos bajo cualquier proporción y magnitud, pasando a exponer algunas tipologías como son las actividades criminales de despojo (robo, estafa, etc.), abuso (peculado, administración fraudulenta, etc.) y de producción (tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, etc.) (fundamento jurídico 14-16). Esto es, el origen ilícito equivale a una actividad criminal con potencialidad de generar ganancias ilegales. A su vez, esto último implica un delito en concreto regulado en la norma penal (delito previo).
- c) En tercer lugar, respecto al estándar de la prueba, la Corte indica que, para cualquier delito, el objeto de prueba incluye todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal objeto de acusación, así como la vinculación del imputado con estos, ya sea a título de autor o de partícipe, lo cual debe probarse más allá de toda duda razonable (fundamento jurídico 18). En cuanto al lavado, se señala que debe acreditarse, entre otras exigencias típicas, el origen ilícito de los activos (fundamento jurídico 19).

- d) Dicho de otro modo, en el proceso penal por lavado de activos, el objeto de prueba también recaerá sobre el origen ilícito de los activos (equivalente a un delito concreto con potencialidad de generar ganancias económicas ilegales), el cual debe acreditarse más allá de toda duda razonable. No cabe una acreditación abstracta, superficial o media del origen delictivo: el estándar de prueba es el mismo (más allá de toda duda razonable) para cada uno de los elementos del tipo penal del lavado de activos.
- e) Además, la Corte establece que, para condenar por lavado de activos, como cualquier otro delito, se requiere la convicción más allá de toda duda razonable, debiendo concurrir estos elementos: (i) una actividad criminal idónea para generar determinados activos; (ii) la realización de alguna modalidad de lavado; y (iii) subjetivamente, el dolo directo o eventual de la procedencia ilícita de los activos⁹ y que el acto tenga como finalidad evitar su identificación, incautación o decomiso (fundamento jurídico 21).
- f) En el mismo fundamento jurídico, acertadamente, se agregó que, para emitir una sentencia condenatoria, ninguno de estos elementos se puede 'presumir' bajo suposiciones o meras conjeturas: debe existir una certeza objetiva sobre cada uno de ellos (entre los que se encuentra el origen ilícito), no bastando con una probabilidad o sospecha más o menos alta. Esto es, más allá de lo afirmado en otros puntos de la sentencia, la actividad criminal previa debe ser debidamente identificada y probada bajo un nivel de convicción más allá de toda duda razonable, no siendo posible fundamentar una condena bajo 'sospechas' del origen delictivo.
- g) La sentencia advierte que en el último párrafo del artículo 10 se prescribe que el origen ilícito del acto delictivo podrá acreditarse por indicios, método probatorio que constituye el más idóneo para tener acreditada la comisión del tipo penal de lavado. Ello no implica una relajación de exigencia probatoria, sino otra forma de probanza que puede llevar a un grado de certeza objetiva para una sentencia condenatoria, razón por la cual los indicios deben estar plenamente acreditados y no caben meras conjeturas

o sospechas (fundamento jurídico 22). Por tanto, la prueba por indicios debe alcanzar la misma fuerza de convicción que la prueba directa, por lo que, en lo absoluto, su admisión puede llevar a un estándar probatorio de menor exigencia (García, 2015, p. 597).

- h) Finalmente, la Corte Suprema señala que, conforme al principio de progresividad, el estándar probatorio será diferente en cada fase del proceso, alcanzando como máximo un grado de convicción pleno del órgano jurisdiccional más allá de toda duda razonable cuando se trate de una sentencia condenatoria (fundamento jurídico 23).
- i) En la misma línea, en la sentencia se culmina indicando que conforme avanzan las averiguaciones, el grado de determinación de la actividad criminal previa se va ultimando. De ahí que no es suficiente ligar el origen del activo maculado a simples 'negocios ilícitos', pues para una sentencia condenatoria el origen delictivo debe concretarse o de lo contrario faltará un elemento del tipo (fundamento jurídico 25). Nuevamente, se subraya que para una condena por lavado de activos es necesario llegar a un grado de convicción más allá de toda duda razonable, englobando al origen delictivo como elemento del tipo penal.

Entonces, no queda duda de que el origen delictivo, entendido como un delito concreto y previo con capacidad de generar ganancias ilegales, es un elemento objetivo del tipo penal de lavado de activos. Su estándar de prueba exige que el delito previo se acredite más allá de toda duda razonable para la emisión de una sentencia condenatoria.

En este sentido, no será suficiente con probar un desbalance patrimonial o una discrepancia en los ingresos del acusado que no pueda ser explicada, especialmente en un contexto como el de la realidad peruana, en el que el alto índice de informalidad podría generar dudas sobre el origen de los activos. La vinculación con un delito precedente concreto debe ser clara y debidamente fundamentada con pruebas, y no simplemente inferida de inconsistencias patrimoniales.

Es cierto que en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 se indicó que, respecto al delito precedente, deberá realizarse una acreditación genérica, siguiendo ciertos criterios expresados por

⁹ En cuanto al dolo eventual, se señala que el conocimiento sea preciso o detallado en todos sus pormenores del origen delictivo, bastando la conciencia de anormalidad de la operación y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal.

Blanco Cordero (2015, p. 347). Ello es correcto, por lo que para su probanza bastará acreditar que el hecho típico sí se cometió, más allá de que no se haya logrado identificar al autor, los roles de los diversos agentes involucrados o precisado la fecha exacta del suceso generador de los activos ilegales.

No obstante, el aspecto más relevante de esta sentencia es el reconocimiento de que no se puede condenar a una persona por una mera sospecha, debiendo haber una certeza objetiva sobre cada elemento objetivo del tipo penal, dentro del cual se encuentra el origen delictivo.

La Corte Suprema estableció claramente que no basta con hacer una referencia vaga a 'negocios ilícitos' o actividades sospechosas. Para que el delito de lavado de activos pueda ser configurado y se emita una sentencia condenatoria, el delito precedente debe ser concretamente identificado y probado. De lo contrario, faltaría un elemento esencial del tipo penal, haciendo inviable la condena.

En ese sentido, conforme a su estructura, el delito de lavado de activos está inevitablemente vinculada al delito precedente. Sin este, el tipo penal no podría configurarse de acuerdo a la regulación legal que existe a la fecha, por lo que la llamada 'autonomía sustantiva' es una mera ilusión dentro del ordenamiento peruano.

V. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS DEL DELITO FUENTE

Diversas situaciones problemáticas pueden surgir en los procesos de lavado de activos cuando exista otro proceso respecto al delito fuente. Estos deben resolverse teniendo en cuenta que el tipo penal de lavado se encuentra indisolublemente ligado al delito precedente, ya que sin este último no puede configurarse de acuerdo a nuestra legislación actual. Asimismo, deberá estar en sintonía con el verdadero contenido de la autonomía procesal, cuyas manifestaciones ya se han explicado. Algunos de estos problemas son:

A. Delito previo descartado con una disposición de archivo en diligencias preliminares

Este problema se presenta cuando la investigación por el delito previo culmina con una disposición de archivo fiscal durante las diligencias preliminares, mientras que sigue vigente otra investigación o proceso por lavado de activos a raíz de las ganancias que supuestamente se habría generado por dicho delito previo.

Si en la disposición fiscal se concluye que la conducta fue lícita o que no constituye delito, resulta incompatible la existencia de una actividad criminal previa con potencial para generar ganancias ilegales. En consecuencia, no sería lógico sancionar a una persona por lavado de activos en tales circunstancias, puesto que uno de los elementos típicos del delito de lavado es precisamente la existencia del delito fuente. Así, la investigación o proceso por lavado debería desestimarse al no existir uno de sus elementos típicos.

Sin embargo, es fundamental que la disposición fiscal de archivo tenga carácter de cosa decidida (con estatus inamovible), en la medida que se haya estimado en la resolución que los hechos investigados no configuran ilícito penal, conforme a la variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰.

Ello no vulnera la autonomía del lavado de activos, pues ninguna de sus manifestaciones contiene este supuesto. Un extremo de la autonomía procesal implica que pueda investigarse o procesarse a alguien por lavado de activos aún cuando no exista una investigación o proceso paralelo respecto al delito previo o, incluso, si nunca hubo una investigación culminada sobre este. No obstante, no cubre el supuesto en el que la investigación por el delito precedente culmina con una disposición de archivo en la que se haya declarado la atipicidad de la conducta, lo cual excluye la posibilidad de que exista una actividad ilícita generadora de ganancias.

En contraste, si la disposición de archivo no se basa en la atipicidad de la conducta, sino en otros motivos como, por ejemplo, la imposibilidad de la identificación del autor, a pesar de que existan indicios de que se cometió el delito, el archivo no tendría carácter de cosa decidida. En tal escenario no estaremos ante un supuesto de disposición de archivo con estatus de cosa decidida, por lo que la existencia del origen ilícito deberá ser debatido en el propio proceso de lavado de activos.

B. Delito previo descartado con una resolución judicial de sobreseimiento o sentencia absolutoria

Por otro lado, es posible que antes de que termine el proceso penal por el delito de lavado de activos se emita una resolución judicial o sentencia absolutoria firme por el delito previo en el que se haya declarado que el hecho imputado no se realizó o la atipicidad del hecho. En este escenario debería ser aplicable la cosa juzgada, entendida como el efec-

¹⁰ Por ejemplo, véase a Tribunal Constitucional (2008) y Tribunal Constitucional (2011).

to de una resolución judicial firme que impide que lo resuelto pueda ser nuevamente revisado.

Concordando con el profesor García Caveró, para ello resulta necesario distinguir entre la eficacia directa y la eficacia refleja de la cosa juzgada penal, siendo que la primera se refiere al hecho en el que se sustenta la imputación penal, mientras que la segunda se refiere a hechos cuya existencia depende de la existencia del delito imputado (2015, p. 599).

En el marco de la eficacia refleja, la cosa juzgada no podrá ser oponible en el proceso penal por lavado de activos bajo la excusa de que el delito previo es una imputación distinta a aquella. Ello en la medida de que, si bien en la resolución de sobreseimiento o sentencia absolutoria, no hay pronunciamiento por el hecho imputado de lavado, la existencia de este depende de la existencia de aquel.

En cuanto al límite subjetivo de la cosa juzgada, en un caso de autolavado (con identidad de sujeto), no habrá problema en que la exclusión del delito previo se concrete vía resolución judicial, generando una cosa juzgada que no pueda ser alterada en el proceso por lavado de activos, razón por la que la persona imputada o acusada también deberá ser excluida de la segunda imputación.

Incluso, si no hay identidad de sujeto en el proceso de lavado y en el caso del delito previo (con sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento), tampoco habrá impedimento para la exclusión del proceso de lavado, siempre que se haya declarado que el hecho no pudo realizarse o que la conducta fue lícita (García, 2015, p. 600). Este criterio se encuentra en línea con la sentencia recaída en el expediente 2725-2008-PHC/TC (fundamento jurídico 20), en la que el Tribunal Constitucional señaló que, para los efectos de la cosa juzgada, el presupuesto de la identidad subjetiva no es exigible si mediante resolución firme (judicial o fiscal) se desvirtúa el carácter antijurídico del hecho, impidiendo que se vuelva a denunciar por un mismo hecho a otros sujetos.

Teniendo en cuenta que basta con que el delito previo recaiga sobre una conducta típica y antijurídica, si la resolución judicial ha eximido al autor del delito previo debido a una causa de exclusión

de culpabilidad, por una causa de exclusión de punibilidad (prescripción de la acción penal) o por falta de una condición de procedibilidad (informe técnico), tal situación no impedirá que se declare la responsabilidad penal de aquella persona que lave las ganancias ilícitas de un delito identificado y acreditado (Pérez, 2019, p. 34). Por tanto, en tales casos, no existirá cosa juzgada con eficacia reflejada sobre el proceso por lavado de activos. Sin perjuicio de ello, tales condiciones deberán ser determinados en el marco de un proceso penal que se debió producir y que no puede ser sustituido (Quintero, 2018, p. 258).

C. Cuestión prejudicial en el proceso por lavado de activos en casos de autolavado

Para explicar este extremo, partimos del escenario en el que el delito de lavado de activos y el delito fuente son investigados en distintos procesos, teniendo ambos como investigados a un mismo sujeto por ser un caso de autolavado. Dependiendo de las circunstancias, es posible que el proceso por lavado de activos avance más rápido al punto que la fiscalía especializada de lavado de activos emita un requerimiento acusatorio ante el juez, a pesar de que la otra investigación por el delito previo aún se encuentre en trámite sin pronunciamiento definitivo por parte del representante del Ministerio Público.

Aquí surge un conflicto potencial, dado que el mismo individuo está siendo investigado por dos procesos en paralelo: uno por lavado de activos y otro por el delito fuente, cuya situación jurídica es incierta. Salvo que exista una acumulación de causas¹¹, esto puede generar el riesgo de pronunciamientos contradictorios en ambos procesos en desmedro del principio de presunción de inocencia, en la medida que, si no hay delito previo, entonces no puede configurarse el delito de lavado de activos. No sería coherente que una persona sea sometida a una acusación por lavado y a la par la fiscalía pida el sobreseimiento en el delito previo.

En este contexto, en este trabajo postulamos que la defensa del imputado puede plantear una cuestión prejudicial en el proceso por lavado de activos¹², evitando así que se tramite el requerimiento acusatorio hasta que exista un pronunciamiento definitivo en la investigación del delito previo en

¹¹ Siempre que una misma autoridad pueda ser competente para ambos procesos por el delito de lavado de activos y el delito precedente, deberá seguirse las reglas de competencia por conexión procesal, conforme a lo regulado en los artículos 31 y 32 del Código Procesal Penal.

¹² De acuerdo al artículo 7 del Código Procesal Penal, la cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones se plantean una vez que el fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias y se resolverán antes de culminar la etapa intermedia. La posición asumida en este trabajo es que la cuestión prejudicial incluso se puede plantear en etapa intermedia, en mérito del artículo VII del Título Preliminar del referido cuerpo normativo, en el que se establece que la

trámite. De ahí que, si ya existe una investigación por el delito previo, por lo menos, deberá emitirse una acusación fiscal por el mismo para que el otro proceso por lavado de activos siga su curso.

De acuerdo al magistrado San Martín Castro, las cuestiones prejudiciales (artículo 5 del Código Procesal Penal) proceden cuando sea necesario realizar determinaciones de hecho previas en otro orden jurisdiccional referidas a elementos que son indispensables para la configuración del delito imputado en el proceso penal en el que estas se deducen (2020, pp. 359-361). Pueden clasificarse en cuestiones homogéneas, cuando estas se rigen por normas de Derecho Penal, y heterogéneas, cuando deben decidirse en base a normas extrapenales¹³.

El argumento en contra de esta postura podría sostenerse en una supuesta 'autonomía absoluta' del delito de lavado de activos, argumentando que este puede procesarse sin necesidad de una investigación, proceso judicial o sentencia condenatoria sobre el delito previo, motivo por el cual no se requiere esperar el resultado de la investigación vigente del delito previo. Sin embargo, esta visión errónea confunde la autonomía procesal del lavado de activos con la ya negada 'autonomía sustantiva'.

Una de las manifestaciones de la autonomía procesal se refiere a que es posible procesar por lavado cuando sobre el delito previo nunca hubo una investigación o proceso previo culminado o no existe una segunda investigación o proceso que avance de forme paralela. No obstante, la ley no incluye expresamente los casos en que ya existe un proceso paralelo en curso sobre el delito fuente. En estos escenarios, se debe suspender el trámite del requerimiento acusatorio por lavado de activos hasta que se resuelva el proceso relacionado con el delito previo.

Si bien para el procesamiento por lavado de activos no es necesario que exista una sentencia condenatoria por el delito previo del que proceden los activos, ni tampoco que exista un proceso en trámite de dicho delito previo, en estos casos en los

que ya hay un proceso en trámite con relación a la actividad criminal de la que procederían los bienes lavados contra los mismos imputados a quienes se les imputan los actos de lavado, sí resulta necesario suspender el trámite del requerimiento acusatorio por este último delito hasta que culmine el proceso referido al delito previo.

De lo contrario, se corre el grave riesgo de que se emitan decisiones contradictorias en ambos procesos o estos se prolonguen por años innecesariamente en desmedro de los recursos de la administración de justicia y con una eventual transgresión al principio de presunción de inocencia, lo cual se podría evitar con la cuestión prejudicial.

Si no se procediera de esta manera, podrían surgir situaciones irrazonables como que a mitad de un juicio oral de proceso por lavado, en la investigación por el delito previo recién se emita una disposición fiscal de archivo o una resolución judicial de sobreseimiento firme en el que se declare que el mismo no existió. Ello conllevaría a que el proceso por lavado indefectiblemente tenga que desestimarse, no siendo posible que este culmine con una sentencia condenatoria, pues el delito previo es un elemento objetivo del tipo penal de lavado de activos que debe acreditarse.

En cambio, si se hubiera estimado la cuestión prejudicial desde el principio, el proceso de lavado de activos se hubiera suspendido hasta que se cuente con un pronunciamiento definitivo en la investigación por el delito previo, evitando así decisiones contradictorias y el desgaste innecesario del sistema judicial. La figura de la cuestión prejudicial actúa, por tanto, como una medida razonable y eficiente para evitar este tipo de situaciones y garantizar la coherencia en la resolución de los procesos.

D. Emisión de sentencia absolutoria por delito fuente de forma posterior a una sentencia condenatoria por lavado

Lamentablemente podría darse el caso en el que la sentencia absolutoria por el delito previo se emi-

ley que coacte el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes, será interpretada restrictivamente. Asimismo, conforme al inciso h del numeral 1 del artículo 350 del Código Procesal Penal, ante la notificación de la acusación, las partes pueden plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio. Del mismo modo, en la ejecutoria recaída en la Apelación Suprema 15-2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia señaló que los medios técnicos de defensa pueden declararse de oficio hasta antes que culmine la etapa intermedia.

¹³ Adicionalmente, pueden ser devolutivas, cuando versan sobre alguna cuestión determinante para uno de los elementos del tipo penal imputado en el proceso donde se deduce la cuestión prejudicial, en cuyo caso generan la suspensión del proceso penal hasta que se realice la determinación necesaria en el otro proceso penal, o incidentales, cuando el propio órgano jurisdiccional penal puede conocer la materia prejudicial, sin necesidad de esperar a que otro se pronuncie previamente (San Martín, 2020, pp. 361-362).

ta después de que se haya dictado una sentencia condenatoria por lavado de activos. Esta situación plantea un problema grave, ya que la condena por lavado de activos se basaría en unos hechos que posteriormente han sido declarados como inexistentes o lícitos.

En este supuesto, procedería la acción de revisión regulado en el artículo 439 del Código Procesal Penal, en específico la modalidad del numeral 4 referida a que, con posterioridad a la sentencia condenatoria, se descubren hechos o medios de prueba no conocidos durante el proceso que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas, sean capaces de establecer la inocencia del condenado.

De tal forma, se trataría de un mecanismo excepcional, pero válido para revertir una condena sustentada en un hecho que judicialmente se ha declarado como inexistente o como lícito (García, 2015, p. 601).

VI. CONCLUSIONES

- Conforme a nuestra legislación y jurisprudencia, el origen ilícito, las actividades criminales y el delito fuente están intrínsecamente conectados, formando parte de la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos. En consecuencia, el dolo del autor también debe abarcar el origen delictivo. Así, en un proceso penal por lavado será fundamental probar el origen ilícito, lo que requiere la identificación y demostración de un delito previo contemplado en nuestra normativa penal.
- La autonomía procesal está reconocida en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, cuyo texto original disponía que es posible investigar y someter a un proceso a alguien por lavado de activos, sin que sea necesario respecto al delito previo: (i) que exista una investigación o proceso en curso para su determinación; (ii) que haya existido una sentencia condenatoria; (iii) que previamente haya sido objeto de prueba; o (iv) que este haya sido descubierto, cada uno con sus propias particularidades.
- Nuestro ordenamiento solo reconoce la autonomía procesal, pero no la 'autonomía sustantiva' del lavado de activos, lo que implica que es necesaria la identificación y probanza del delito previo para la configuración del lavado. Esto se evidencia tanto de conductas base recogidas en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, como en el

propio artículo 10 de dicha norma, respaldado por jurisprudencia de la Corte Suprema.

- Con el Decreto Legislativo 1249 se modificó el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, prescribiéndose que, para sancionar a una persona por lavado de activos, no es necesario que el delito previo haya sido descubierto, sometido a investigación, proceso judicial, o sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria. Sin embargo, esta modificación no altera el sentido auténtico de la norma original, ni contempló normativamente la 'autonomía sustantiva' del lavado de activos.
- La Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 tampoco consagra la 'autonomía sustantiva' del lavado de activos. Por el contrario, para una condena se exige el más alto estándar probatorio, requiriendo un nivel de convicción más allá de toda duda razonable respecto a cada uno de los elementos del lavado de activos (entre los que se encuentra el origen delictivo) y dejando claro que una eventual sanción no puede basarse en meras sospechas.
- Pueden surgir diversos problemas en los procesos de lavado de activos cuando exista otro proceso respecto al delito fuente. Estos deben abordarse considerando que el delito previo forma parte de la tipicidad del delito de lavado de activos, sin el cual no puede configurarse este. De igual modo, la solución deberá estar acorde al auténtico contenido de la autonomía procesal del lavado. 🏛️

REFERENCIAS

- Abel Souto, M. (2019). Jurisprudencia penal española hasta 2018 sobre el blanqueo de dinero. En Abel Souto, M., Sánchez Stewart, N. (Coords.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 237-307). Tirant lo Blanch.
- Blanco Cordero, I. (2015). *El delito de blanqueo de capitales*. Thomson Reuters.
- Caro Coria, D. (2013). Sobre el tipo básico de lavado de activos. *Revista Lecciones Tributarias*, 1 (1), 181-241.
- García Cavero, P. (2013). Sobre el tipo básico de lavado de activos. *Revista Lecciones Tributarias*, 1 (1), 153-177.
- García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal Económico*. Instituto Pacífico.

- Joffre Calasich, F. (2019). El blanqueo de dinero en Bolivia, Colombia, Chile, Panamá y Perú. En Abel Souto, M., Sánchez Stewart, N. (Coords.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 347-402). Tirant lo Blanch.
- Martín Pardo, A. (2019). Una propuesta de delimitación del concepto de blanqueo de capitales en sentido estricto. En Abel Souto, M., Sánchez Stewart, N. (Coords.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 505-513). Tirant lo Blanch.
- Mendoza Llamaconcca, F. (2017). *El delito de lavado de activos. Aspecto sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*. Instituto Pacífico.
- Ospitia Roza, P. (2016). La actividad probatoria en el delito fuente del tipo penal de lavado de activos. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 37 (103), 145-169. <https://doi.org/10.18601/01210483.v37n103.07>
- Pariona Arana, R. (2021). *El delito de lavado de activos. Comentarios, artículo por artículo, al Decreto Legislativo 1106*. Instituto Pacífico.
- Páucar Chappa, M. (2013a). *La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y jurisprudencia*. Ara Editores.
- Páucar Chappa, M. (2013b). El delito precedente en el lavado de activos: comentarios a la luz del Oficio Circular 024-2013-MP-FN-SEGFIN. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (49), 168-179.
- Pérez López, J. (2019). *Delitos regulados en leyes penales especiales*. Gaceta Jurídica.
- Prado Saldarriaga, V. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Idemsa.
- Quintero Olivares, G. (2018). La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblequeo. *Estudios penales y criminológicos*. 38, 241- 263.
- Reátegui Sánchez, J. (2012). *Criminalidad empresarial*. Gaceta Jurídica.
- Reinoso Martínez, F. (2020). *Prontuario jurisprudencial del delito de blanqueo de capitales*. Dykinson.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal - Lecciones*. INPECCP.
- Seoane Pedreira, A. (2017). *El delito de blanqueo de dinero: historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo*. Aranzadi.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116. (2010). VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. Corte Suprema de Justicia de la República.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de apelación suprema 15-2017. Sala Penal Permanente. Lima: 14 de marzo de 2018.

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635, 8 de abril de 1991 (Perú).

Código Procesal Penal [CPP], Decreto Legislativo 957, 29 de julio de 2004 (Perú).

Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, Diario Oficial El Peruano, 19 de abril de 2012 (Perú).

Decreto Legislativo 1249, Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detención y sanción del lavado de activos y terrorismo, Diario Oficial El Peruano, 26 de noviembre de 2016 (Perú).

Exposición de motivos, Decreto Legislativo 1249, Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detención y sanción del lavado de activos y terrorismo. 09 de diciembre de 2016.

Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CJ-433. (2017). *I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Permanentes y Transitorias*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Tribunal Constitucional [T.C.], 22 de setiembre de 2008, sentencia recaída en el Expediente 2725-2008-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de marzo de 2011, sentencia recaída en el Expediente 02110-2009-PHC/TC (Perú).