



**FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA DESNATURALIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA  
TRIPARTITA DEL DELITO EN EL DELITO DE LAVADO  
DE ACTIVOS**

**PRESENTADA POR  
EMANUEL ALEXIS SULLCAHUAMAN MORAN**

**ASESOR  
JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ  
2021**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA DESNATURALIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA TRIPARTITA DEL  
DELITO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS**

**Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho en Ciencias**

**Penales**

**Presentada por:**

**EMANUEL ALEXIS SULLCAHUAMAN MORAN**

**Asesor:**

**Mg. Juan Elías Carrión Díaz**

**LIMA – PERÚ**

**2021**

A mis padres Neri y Pether por todo su amor y constante aliento.

A mis colegas Magaly y Juan por su amistad y aporte profesional.

## INDICE

RESUMEN .....	VI
<i>ABSTRACT</i> .....	X
INTRODUCCIÓN .....	XIII
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO .....	1
1.1. Antecedentes de la investigación .....	1
1.1.1. Antecedentes nacionales .....	1
1.1.2. Antecedentes internacionales .....	5
1.2. Bases teóricas .....	7
1.2.1. El delito .....	7
1.2.1.1. Contenido formal y sustancial del delito .....	7
1.2.1.2. Desarrollo del concepto de delito por la dogmática jurídico penal .....	13
1.2.2. Significado de la teoría general del delito.....	13
1.2.2.1. Función de la teoría del delito.....	16
1.2.3. Clasificación de los delitos .....	26
1.2.4. Estructuras dogmáticas del delito.....	29
1.2.4.1. Sistema bipartito.....	31
1.2.4.2. Sistema tripartito .....	36
1.2.5. El delito de lavado de activos .....	37
1.2.5.1. Rasgos característicos del lavado de activos. ....	38
1.2.5.2. Estructura típica del delito de lavado de activos. ....	39
1.2.5.3. La autonomía del delito de lavado de activos. ....	41
1.3. Definición de términos básicos .....	42
CAPÍTULO II METODOLOGÍA.....	44

2.1. Tipo de investigación .....	44
2.2. Nivel de investigación .....	44
2.3. Método de investigación .....	45
2.4. Diseño de investigación .....	45
2.5. Técnicas para la recolección de datos .....	45
2.6. Aspectos éticos.....	46
CAPITULO III EL FENÓMENO TRANSNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS....	47
CAPITULO IV LA INCORPORACION Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	66
4.1. Directrices internacionales.....	66
4.2. Adaptación de las exigencias internacionales a la legislación nacional .....	69
4.3. La autonomía del delito de lavado de activos a la luz de la legislación penal	75
4.4. Tratamiento jurisprudencial del delito de lavado de activos.....	77
CAPÍTULO V LA DISCUSIÓN SOBRE LA AUTONOMIA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA DOCTRINA NACIONAL.....	88
CAPITULO VI LA APLICACIÓN DE LA ESTRUCTURA TRIPARTITA AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS .....	95
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES .....	104
FUENTES DE LA INFORMACIÓN .....	105

## RESUMEN

El lavado de activos, como un proceso de naturaleza criminal especialmente complejo, está regulado por un cuerpo legislativo en materia penal y procesal penal, tal es el caso del D. Leg. N.º 1106, “Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado” y la Ley N.º 30077, “Ley contra el crimen organizado”.

Cabe precisar que no solo en su aspecto típico se han venido dando modificaciones al mencionado D. Leg. N.º 1106, sino también en su aspecto punitivo. En efecto, mediante D. Leg. N.º 1352 se amplió las responsabilidades administrativas de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 1,2, 3 y 4 del D. Leg. N.º 1106. Asimismo, mediante D. Leg. 1367 se sanciona con pena de inhabilitación a los sentenciados por Lavado de Activos, con la finalidad de impedir que aquellos condenados presten servicio al estado bajo cualquier modalidad contractual. Es así que la inhabilitación principal se modificó de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 1,2 y 3 del D. Leg. N.º 1106, añadiendo que la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como una persona vinculada o actúe por encargo de ella, como también cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

Finalmente, en plena pandemia, se promulgó la ley N.º 31178, Ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal. Siendo que



mediante su artículo cinco se modificaron los artículos 1, 2, 3 y 4 del D. Leg. N. ° 1106, siendo ella la última modificación en el delito materia del presente trabajo de investigación.

Desde la perspectiva material o sustantiva, la configuración del delito en mención requiere la existencia de un delito previo, el mismo que genera los activos maculados. Se hace referencia en el citado D. Leg. N° 1106, al tráfico ilícito de drogas, la minería ilegal, los delitos contra la Administración Pública, siendo cada vez la tendencia a incrementar la tipología de los delitos generadores de activos. Precisamente, dentro de nuestro sistema tenemos una relación de carácter enunciativo o una fórmula de *numerus apertus* sobre de lo que sería el delito fuente. Sin embargo, cuando hacemos referencia al delito fuente, surge el problema de determinar el grado de especificación o detalle en torno la modalidad, las características y circunstancias de dicho delito para poder establecer la configuración del lavado de activos. De igual modo, si es que éste requiere de una investigación previa o si es que tendría que haber sido materia de una condena. Es precisamente este último punto que da origen a la tantas veces mencionada autonomía del tipo penal de lavado de activos.

Esta problemática obedece a que, con fecha 16 de mayo de 2013, el secretario general del Ministerio Público señaló que, conforme el art. 10 del D. Leg. N.° 1106, el lavado de activos constituye un delito de naturaleza autónoma, y no depende de un delito fuente, por lo que, para su investigación y procesamiento no resulta necesario que se (i) hayan descubierto las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, (ii) que dichas actividades criminales se encuentren en

investigación o proceso; o, (iii) que dichas actividades hayan sido objeto de sentencia condenatoria. En consecuencia, el secretario general solicitó: “instruir a los señores fiscales a cargo de las investigaciones sobre lavado de activos, dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por dicha norma, bajo responsabilidad de comunicar a las fiscalías desconcentradas de Control Interno su no observancia” (Oficio Circular N.º 024-2013-MP-FN).

A partir de tal disposición institucional, en el sistema de justicia se optó por no considerar al delito fuente como requisito para tipificar el delito de lavado de activos, lo que ha permitido que los fiscales de manera unánime reafirmen la tesis de su absoluta autonomía sustantiva y procesal. En efecto, su criminalización autónoma en nuestro país permitiría afirmarlo, por ejemplo, pese a que el delito previo no ha sido objeto de condena o ha prescrito.

Años más tarde, los señores jueces supremos de lo penal de la Corte Suprema, mediante la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017 se han pronunciado en el extremo de considerar que, en efecto, no se requiere precisar al detalle las condiciones del delito fuente, y tampoco que la persona haya sido investigada o sido objeto de una condena. Sin embargo, no se debe dejar de lado que existe la necesidad de cumplir exigencias mínimas de imputación y procesamiento del lavado de activos, particularmente en lo que respecta al delito fuente o precedente, así como estándares que la propia dogmática ha establecido para la construcción del delito. Así, si bien es cierto no debe vaciarse el contenido exigido para el lavado de activos que le haga perder el fin político-criminal, también es cierto que, con el afán de no contar con vacíos de punibilidad bajo ideales de justicia, no puede someterse al

ciudadano a una persecución penal cuando no se cuentan con condiciones que garanticen el respeto por los derechos fundamentales.

Palabras clave: Lavado de activos, delito precedente, origen ilícito, teoría tripartita del delito, presunción de ilicitud, autonomía sustantiva.

## **ABSTRACT**

*Money laundering is a particularly complex crime of which there are two legislative blocks that regulate it in criminal and criminal procedural matters: regarding the first, there are D. Leg. N ° 1106, Legislative Decree for the effective fight against money laundering and other crimes related to illegal mining and organized crime; the D. Leg. N ° 1249, Legislative Decree that dictates measures to strengthen the prevention, detection and punishment of money laundering and terrorism; and, Law No. 30077, Law against organized crime, which regulates both substantive and procedural aspects.*

*From a material or substantive perspective, money laundering requires the existence of a prior crime, the same one that generates the maculated assets. Reference is made in the aforementioned D. Leg. N ° 1106, to illicit drug trafficking, illegal mining, crimes against the Public Administration, with an increasing tendency to increase the typology of asset-generating crimes. Precisely, within our system we have an enunciative relationship or a numerus apertus formula about what the source offense would be.*

*However, when we refer to the source crime, the problem arises of determining the degree of specification or detail regarding the modality, characteristics and circumstances of said crime in order to establish the configuration of money laundering. Similarly, if it requires a prior investigation or if it should have been the subject of a conviction. It is precisely this last point that gives rise to the often mentioned autonomy of the crime of money laundering.*

*This may be due to the fact that, on May 16, 2013, the general secretary of the Public Ministry, addressing the presidents of the boards of superior prosecutors, indicated that according to art. 10 of D. Leg. N ° 1106, money laundering is an autonomous crime, and has no source offense, so for its investigation and prosecution it is not necessary that the criminal activities that produced the money, goods, effects or profits, have been discovered, are in investigation, process or have been the object of evidence or conviction. Consequently, it requested: "to instruct the prosecutors in charge of the investigations on money laundering, to strictly comply with the provisions of said rule, under the responsibility of communicating to the decentralized Internal Control prosecutors its non-observance" (Circular Letter No. 024-2013-MP- FN-SEGFN).*

*Based on this institutional provision, the justice system has chosen not to consider the source crime as a requirement to classify the crime of money laundering, which has allowed prosecutors to unanimously reaffirm the thesis of absolute substantive autonomy and procedural of this crime. Indeed, the autonomous criminalization of the crime of money laundering in our country would allow us to affirm it, for example, despite the fact that the previous crime has not been convicted or prescribed.*

*Years later, the supreme criminal judges of the Supreme Court, by means of the Plenary Casatoria Sentence No. 1-2017, have ruled to the extreme of considering that, in effect, it is not required to specify in detail the conditions of the source crime nor that the person has been investigated or been the subject of a conviction. However, it should not be overlooked that there is a need to meet minimum requirements for the imputation and prosecution of the crime of money laundering,*

*particularly with regard to the source or precedent crime, as well as standards that the dogmatics itself has established for the construction of crime. Thus, while it is true that the content required for money laundering should not be emptied that makes it lose the political-criminal purpose, it is also true that, in order to avoid punishable gaps under the ideals of justice, the citizen cannot be submitted to criminal prosecution when there are no conditions that guarantee respect for fundamental rights.*

*Keywords: Money laundering, preceding offense, illicit origin, tripartite theory, presumption of wrongdoing, substantive autonomy.*

## NOMBRE DEL TRABAJO

LA DESNATURALIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA TRIPARTITA DEL DELITO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

## AUTOR

EMANUEL ALEXIS SULLCAHUAMAN MORAN

## RECUENTO DE PALABRAS

30422 Words

## RECUENTO DE CARACTERES

165381 Characters

## RECUENTO DE PÁGINAS

131 Pages

## TAMAÑO DEL ARCHIVO

802.7KB

## FECHA DE ENTREGA

May 26, 2023 7:21 AM GMT-5

## FECHA DEL INFORME

May 26, 2023 7:25 AM GMT-5

● 14% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 12% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 9% Base de datos de trabajos entregados
- 7% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)

  
USMP | Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES  
Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla  
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

## INTRODUCCIÓN

Desde la dogmática jurídico penal desarrollada por Von Liszt-Beling-Radbruch, el delito, como estructura compleja, es concebido como una conducta típica, antijurídica y culpable, de modo que quien realiza una acción u omisión recaída en un determinado tipo penal, lesionando uno o más bienes jurídicos será sancionado penalmente. Dicho esquema, influido por la dogmática alemana desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, en países como Suiza, Países Bajos, Portugal, Austria, Grecia, Dinamarca, Noruega y España; es defendido en la actualidad por la doctrina nacional, más allá de las variantes que puedan haber afectado a cada uno de sus compuestos a lo largo del tiempo, y conocido como la teoría tripartita del delito.

En ese sentido, el tipo penal es el elemento imperativo de la estructura del delito, en consecuencia, debe ser netamente objetiva con la descripción de los elementos que lo configuran. Por esta razón si una acción no es típica no tiene la calidad de delito por más antijurídica y culpable que se considere. Bajo esta concepción se puede determinar el principio de legalidad penal que nadie puede juzgado sin ley penal previa.

No obstante, se ha podido advertir que, con la incorporación del lavado de activos en nuestro ordenamiento jurídico por medio del D. Leg. N.º 1106, la referida estructura tripartita del delito no se estaría cumpliendo a partir de la lectura de su redacción y su comprobación en el sistema de justicia penal. En efecto, si revisamos las figuras básicas de este tipo penal establecidas en el Decreto Legislativo Nº 1106, tales como: “convertir o transferir” (artículo 1) “adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar



o custodiar, recibir u ocultar” o mantener en su poder (artículo 2), transporta o traslada (artículo 3) “dinero, títulos valores, bienes, efectos y ganancias cuyo **origen ilícito** conoce o debía presumir”; llegaremos a la conclusión de que necesariamente para la configuración (y consecuente sanción) de dicho tipo penal conforme al principio de legalidad penal, debe acreditarse la procedencia ilícita de los activos y solo así sostener indiscutiblemente la tipicidad del lavado de activos, máxime si no se puede considerar que los activos son ilícitos por mera presunción.

Para llegar a esta consideración se estudiaron los alcances del término **origen ilícito**. Así, de acuerdo con el diccionario de la lengua española, el término **origen** alude al principio, nacimiento, raíz o causa de algo; en tanto que la palabra **ilícito** guarda relación con aquello que no está permitido legalmente. En consecuencia, estaríamos ante la afirmación de que el origen ilícito es el **nacimiento de lo no permitido legalmente**, concepto que consideramos no es otra cosa que el ilícito como delito. Por ende, origen ilícito no es más que el delito previo.

Sin embargo, de la lectura del art. 10, se advierte que el legislador no ha querido consignar la frase **delito previo** en ninguna de las modalidades de lavado de activos, reguladas por el D. Leg. N.º 1106, puesto que de esa manera estaría admitiéndose que el delito previo es un elemento normativo del tipo y ello conllevaría a sostener que para que la conducta del agente sea considerada típica, de manera previa deberá tenerse por acreditado el delito previo. Es por ello que el legislador ha consignado la frase **origen ilícito** en todos los supuestos de hecho de dicho tipo penal, asumiendo que a través de indicios razonables se podrá acreditar el lavado de

activos con la conducta delictiva previa de la cual provinieron los activos ilícitos; ello también por un tema de política criminal, a efectos de no generar impunidad.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Primer Pleno Casatorio de lavado de activos N° 1-2017, ha señalado que la ilicitud de los activos se acredita por indicios razonables asumiendo la postura de la autonomía material relativa. En consecuencia, nuestro sistema de justicia peruano permite que se investigue, juzgue y condene a una persona por el delito de lavado de activos sin que, previamente, haya sido condenado por cometer el delito previo el generador de los activos ilícitos, justificando su fundamento a través de la existencia de indicios razonables.

Con ello, puede condenarse por lavado de activos a quien, pese a imputársele el delito previo y del cual derivaron supuestamente los ilícitos, haya sido absuelto, esté siendo investigado o inclusive ni siquiera se tenga sospecha. En ese sentido, el legislador en ninguno de los supuestos de hecho ha consignado la expresión **delito previo** sino **origen ilícito**, a efectos mantener la autonomía del lavado de activos, pero a costa de la desnaturalización de la teoría tripartita del delito, y en consecuencia de la estructura típica del lavado de activos.

Dicho problema tiene como génesis la frase “**cuyo origen ilícito conoce o debía presumir**”, puesto que, para hablar de un conocimiento o presunción de origen delictivo, se debe acreditar primero que los activos son consecuencia de un delito previo y es por ello que esos activos ya pueden afirmarse que son ilícitos ya que se obtuvieron de una forma no permitida por la ley, para luego acreditar el delito de lavado de activos.

Se estima que la afirmación del origen ilícito de los activos debe sustentarse en una sentencia condenatoria, es decir, la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable, de manera que ya teniendo certeza del origen ilícito se puede resolver por condenar a una persona por el delito de lavado de activos. Caso contrario se produciría una desnaturalización de la estructura tripartita del delito, puesto que se estaría equiparando la grave sospecha del origen ilícito de los activos a una sentencia condenatoria por el delito antecedente que sí da certeza de un origen ilícito.

En ese sentido, la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia ha sido que el lavado de activos es un delito autónomo y que no depende del delito fuente para su configuración. Sin embargo, la doctrina tiene una posición distinta en la que es necesaria la acreditación del delito fuente. Ante dichas posiciones contrapuestas el concepto del delito, su estudio en el derecho penal (parte general), y su aplicación en el delito de lavado de activos resulta necesaria.

A partir de lo descrito, el problema principal que se busca abordar en la presente tesis es determinar si es posible afirmar que una conducta es típica, aun cuando no se han cumplido copulativamente todos los elementos objetivos del tipo, y la aplicación de dicho criterio en el delito de lavado de activos. Para ello se dará primero respuesta a las preguntas de si los términos “origen ilícito” y “delito previo” son equiparables en su contenido, y si es posible considerar que una conducta sea típica en cualquiera de las modalidades del delito de lavado de activos en tanto no se haya acreditado previamente el origen ilícito de los activos.

Los objetivos de la investigación se clasificaron en general y específicas. El objetivo específico fue demostrar que para ser consideradas como típicas las conductas

reguladas en el delito de lavado de activos requieren la previa acreditación del origen ilícito a través de una sentencia condenatoria. En tanto que, como objetivos específicos, se buscó establecer las diferencias y similitudes entre la expresión “delito previo” y “origen ilícito”, esta última incorporada en el ordenamiento jurídico penal peruano. Finalmente, se buscó demostrar que es necesario acreditar el origen ilícito de los activos para configurarse el delito de lavado de activos.

Respecto a la importancia de la presente investigación, se debe mencionar en principio que, desde su incorporación a nuestro ordenamiento, el lavado de activos ha venido presentando diversas interpretaciones con relación a su autonomía. Por un lado, en los acuerdos plenarios 3-2010 y 7-2011, la Corte Suprema adoptaba posturas distintas acerca de su autonomía. De igual forma, en la doctrina nacional se mantienen dos posturas contrapuestas: un sector apoya la autonomía del delito bajo estudio (el sostenido por Gálvez Villegas y Prado Saldarriaga), y otro sector precisa que el delito fuente formaba parte de la tipicidad de dicho delito como un elemento (objetivo) normativo de dicho tipo penal como es el caso de Caro John y Caro Coria.

Debido a ello han venido emitiéndose fallos con criterios distintos. En efecto, en la Casación N.º 92-2017, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2017, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que “el delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo”. Sin embargo, en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 01-2017 en lavado de activos, finalmente se asumió que el lavado de activos “es un delito autónomo”, asumiendo la teoría material relativa expuesta por Gálvez Villegas, quien asistió representando a la Fiscalía junto con los fiscales superiores Vela Barba y Almanza Altamirano

representaban a la Fiscalía en dicho primer Pleno Casatorio de lavado de Activos que conllevó a que se emitiera la referida sentencia plenaria casatoria.

En ese sentido, la presente investigación tiene su justificación ya que de asumir la postura de dicho pleno casatorio de considerar que el delito fuente no forma parte de la tipicidad del delito de lavado de activos, estaríamos admitiendo la desnaturalización de la estructura tripartita del delito de lavado de activos, toda vez que no puede existir tipicidad de dicho delito sino están acreditados todos sus elementos, por ende, toda las conductas de dicho tipo penal devendrían en atípicas y, en consecuencia, no podríamos hablar tampoco de los elementos del delito de antijuridicidad y culpabilidad.

En consecuencia, la propuesta de investigación contribuirá desde el enfoque jurídico a una mejor tipificación del delito de lavado de activos en todas sus modalidades teniendo en cuenta para ello las opiniones de los principales juristas nacionales e internacionales, en materia penal referente al tema materia de investigación. Se demostrará que solamente puede considerar típica una conducta de lavado de activos cuando se haya acreditado el delito fuente a través de una sentencia condenatoria, toda vez que de esa manera se puede acreditar que los activos que van a ser lavados son ilícitos y ello conlleva a que se pueda imputar legítimamente el delito de lavado de activos y ergo las conductas de dicho delito sean típicas. Asimismo, se acreditará lo perjudicial que es para nuestro sistema de justicia y en especial para los investigados, procesados y condenados por el delito de lavado de activos de que se considere que sus conductas son típicas sin que previamente se haya condenado al agente del delito anterior del cual provinieron los activos ilícitos.

Las limitaciones que tuvo el presente estudio se debieron, principalmente a la escasa producción bibliográfica y desarrollo jurisprudencial nacional sobre el cuestionamiento de la regulación y aplicación del D. Leg. N.º 1106 frente al esquema tripartito del delito, a diferencia del estudio de determinados delitos económicos previstos en el ordenamiento jurídico penal.

El dominio de la validez y alcance de los resultados no se vio afectado por el poco desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional respecto a la problemática objeto de estudio, toda vez que las reglas de construcción del delito adoptadas han sido desarrolladas a partir del grupo de casos que subyace a las regulaciones legales sobre la materia. En ese sentido, la viabilidad del trabajo se logró gracias a la bibliografía extranjera.

A través de una perspectiva metodológica cualitativa, y diseño descriptivo-teórico, se llevó a cabo un análisis dogmático de las normas del Código Penal que regulan las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del delito. Ahora bien, debido a la naturaleza de la investigación, tal análisis dogmático se realizó a través de un proceso que comprende cuatro etapas: a) interpretación de la ley penal, b) elaboración de conceptos generales, c) sistematización de los conceptos obtenidos, y d) la crítica.

En cuanto a su estructura, el primer capítulo está compuesto por el marco teórico, donde se exponen y analizan los antecedentes de la investigación de orden nacional como internacional, vinculados al análisis del delito previo y origen ilícito en el delito de lavado de activos. Asimismo, se desarrollan las bases teóricas y se analizan las principales teorías que conciben al delito como estructura compleja que otorga

contenido al sistema punitivo. En la última sección de este apartado se hace una lista con la definición conceptual de los principales términos que se emplean en el presente trabajo.

El segundo capítulo consta de la metodología de la investigación empleada, en la que se explica el procedimiento que se surgió para el estudio de acuerdo con la técnica empleada. Asimismo, se explica el procedimiento de muestreo y criterios que se utilizaron para seleccionar el ámbito de estudio, para luego exponer los aspectos éticos según la normatividad sobre la materia.

En el tercer capítulo se aborda el fenómeno del lavado de activos reconocido en esos términos por la Organización de las Naciones Unidas, su desarrollo a nivel transnacional y los diversos instrumentos elaborados con la finalidad de erradicar esta práctica criminal a escala mundial. Este apartado precisamente brinda información importante para comprender la técnica legislativa utilizada para incorporar progresivamente las recomendaciones internacionales en el sistema penalnacional.

En el cuarto capítulo se desarrolla la incorporación y evolución del delito de lavado de activos en la legislación peruana, partiendo del concepto inicial de lavado, el cual se relacionó con las operaciones sospechosas, en virtud del conocimiento de la legislación internacional que ve la luz recién a partir del 20 de diciembre de 1988 en la Convención de Viena, es precisamente a partir de este documento suscrito que en el ámbito internacional (y su reflejo en nuestra legislación) que se impone la obligación de sancionar el lavado de activos, pero solo respecto del delito de tráfico ilícito de drogas.

El quinto capítulo contiene el análisis jurisprudencial del delito de lavado de activos. Se recogen los pronunciamientos más importantes sobre la materia que permitieron comprender la naturaleza y alcances de este delito y a partir de ello administrar justicia en nuestro país. Tal es el caso de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, Acuerdo Plenario N° 7-2011, Acuerdo Plenario N° 3-2010, entre otros.

El sexto capítulo recoge el debate sobre la autonomía del delito de lavado de activos en la doctrina nacional. Se desarrollan las distintas teorías que explican la configuración del delito de lavado de activos a partir del delito fuente, elemento característico de esta figura delictiva compleja. Estas son: la autonomía sustantiva, la autonomía procesal, la autonomía relativa y finalmente la dependencia absoluta.

El séptimo capítulo, que constituye una inédita contribución a la problemática expuesta, gira en torno a la crítica respecto a la ausente aplicación del esquema tripartito del delito al lavado de activos, teoría predominante en el análisis de la construcción del delito en la actualidad, pero no así en el delito bajo estudio.

Finalmente, se exponen las conclusiones del trabajo derivadas de manera directa de los problemas y objetivos planteados. Se da recomendaciones e igualmente se detallan los datos bibliográficos utilizados para la elaboración de esta tesis.



# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1. Antecedentes de la investigación

#### 1.1.1. Antecedentes nacionales

En la labor de búsqueda de antecedentes investigativos respecto a la problemática planteada, se ha encontrado los siguientes trabajos académicos que desarrollan el tema desde una perspectiva descriptiva o informativa:

En la tesis titulada “Vulneración de los derechos fundamentales en el proceso penal del lavado de activos en el distrito judicial de Lima, 2018”, Daga Huaraca (2019) advierte que de acuerdo con el D. Leg. N.º 1106, para iniciar una investigación por el delito de lavado de activos no se requiere que el delito previo haya sido objeto de una condena, se encuentre en investigación o haya sido objeto de archivo fiscal. A partir de ello, considera que tal idea de justicia a costa de la violación del debido proceso debe ser depurada del ordenamiento jurídico penal, pues para condenar legítimamente se debe probar el origen ilícito de los activos.

En la tesis para optar el grado de maestro, a cargo de Lugo Villafana (2018) bajo el título “Lavado de activos hacia la implementación de un filtro en los delitos fuentes”, se expuso que, de acuerdo con el principio de legalidad penal, el delito fuente debe existir como tal, ya que, si no se presenta esta figura penal, no se puede sostener que se configura el delito de lavado de activos; por lo que “no se

puede condenar este delito cuando no se presenta el delito previo, al menos en sus aspectos de tipicidad y antijuridicidad” (pág. 5). Así también que, el delito previo “no es un requisito para la configuración del delito de lavado de activos pues el ordenamiento nacional como internacional se la ha dotado de autonomía procesal y sustantiva a este delito, es decir esta condición no es penalmente relevante”. (pág. 92).

En la tesis titulada “Debido proceso y autonomía del delito de lavado de activos en el Decreto Legislativo N.º 1249 en las sentencias de los jueces del Poder Judicial”, Peña Mondragón (2017), afirma que la doctrina penal admite como autonomía del delito a la de naturaleza procesal, al sostenerse que no se requiere contar con una previa investigación o condena por el delito generador de activos ilícitos para investigar y procesar por el delito de lavado de activos; no obstante, el juez que resuelve atribuyendo responsabilidad penal por la comisión del lavado tuvo, también, que determinar el carácter criminal del hecho previo.

El mencionado autor resalta que la discusión principal se cernía en cuanto a la admisión de parte de la norma de la “autonomía material o sustantiva” del delito de lavado de activos, pues mientras que buena parte de la doctrina seguía exigiendo que la existencia o inexistencia del “delito previo” debía determinarse en algún momento para que sea también punible o impune la conducta referida a él, otra parte, integrada más bien por los jueces y fiscales, sostenían que para emitir una condena por lavado de activos, bastaba con que el juez estuviera convencido del origen ilícito o que el imputado no hubiera podido explicar razonablemente el “origen lícito” de los bienes. (Peña Mondragón, 2017).

De ello concluye que, como se desprende expresamente del texto legal del decreto, la norma peruana no regulaba una “autonomía material o sustantiva”, sino únicamente una autonomía procesal, por lo que para condenar legítimamente a una persona como autor del delito de lavado de activos se requería necesariamente probar el origen ilícito de los bienes objeto del delito, lo cual únicamente se podría hacer probando el delito previo que originó el bien ilícito, esto siempre en el marco de un proceso judicial y mediante prueba directa o indiciaria suficiente (Peña Mondragón, 2017).

En la tesis presentada ante la Universidad Privada Antenor Orrego, y titulada “El lavado de activos como delito autónomo y la vulneración del principio de presunción de inocencia”, la autora Tuñoque Ramirez (2017) sostiene que, respecto a la autonomía del delito de este delito, se ha considerado en el sistema de justicia, a la luz del desarrollo jurisprudencial y la misma norma sobre lavado de activos, que “el delito precedente no es parte del tipo penal, por ende, no hay necesidad de sustentar el mismo para conseguir una sentencia condenatoria; situación que a nuestro parecer contraviene el derecho constitucional a la presunción de inocencia”. (pág. 2).

Huayllani Vargas (2016), en la tesis titulada “El delito previo en el delito de lavado de activos”, concluyó que: “El lavado de activos es uno de los fenómenos criminales que más atención ha recibido a nivel internacional, razón por el cual son numerosos los instrumentos internacionales, multi y bilaterales” (pág. 100), lo que ha motivado que diversos países “no solo se enfrenten a través de medidas

punitivas sino también con medidas preventiva y fiscalizadoras focalizado en el sistema financiero” (pág. 100).

Sostiene que el lavado de activos se caracteriza por tener como origen un hecho delictivo cometido. De ello es que afirma que “siempre deberá existir un nexo entre el objeto del delito de lavado y un delito previo” (pág. 100); de manera que, al no tener por acreditada esta relación, no se da su configuración. Por ello es que concluye que la redacción actual del art. 10 del D. Leg. n.º 1106 ha determinado la idea de “autonomía” del delito de lavado de activos, al no necesitar acreditarse mediante sentencia condenatoria la comisión del delito previo, lo que vulnera el debido proceso y derechos fundamentales reconocidos por el mismo derecho penal.

Mejía Pinedo (2016, pág. 10) en su trabajo académico para optar el grado académico de maestro, titulado “El delito de lavado de activos en el ámbito de la criminalidad en la región La Libertad”, consideró que, atendiendo a su propia redacción, el delito de lavado de activos requiere que el agente conozca el origen delictivo de los activos obtenidos, sin necesidad de que se tengan datos exactos de su comisión. El conocimiento debe ser lo suficiente como para tener claro la anormalidad de la operación a realizar y la inferencia razonable de que los bienes provengan de un delito.

Finalmente, en la investigación presentada ante la Universidad de San Martín de Porres, bajo la dirección de Rodríguez Delgado (2011), titulada “Lavado de activos”, se sostuvo que: “Para que los bienes objeto de blanqueo procedan de un delito previo es necesario que éste se haya cometido con anterioridad” (pág.

52). Seguidamente, replicando lo expuesto por el autor Abel Souto (2005), considera: “para colmar el presupuesto del blanqueo sólo se exige una conducta antecedente típica y antijurídica, resultando irrelevante la culpabilidad o, en su caso, la punibilidad del comportamiento previo” (pág. 53).

### **1.1.2. Antecedentes internacionales**

El autor Martínez (2017), en su investigación doctoral titulada “El delito de blanqueo de capitales”, sustentada ante la Universidad Complutense de Madrid, estimó que tan solo con que se consuma un hecho típico y antijurídico puede advertirse la responsabilidad penal como autor o cómplice del lavado de activos, o delito de blanqueo de capitales, como se denomina en la legislación penal española.

En cuanto a su análisis respecto a la naturaleza jurídica del delito previo, Martínez (2017) considera que la doctrina, en efecto, apunta a la existencia de dos direcciones: la primera orientada a considerar al delito fuente como un elemento normativo del tipo, y otra, a considerarla como una condición objetiva de punibilidad. Así, se dice que, al ser un elemento normativo del tipo, se asume que su existencia conforma elementos objetivos, y su prueba configura la tipicidad. En tanto que al afirmar que se trata de una condición objetiva de punibilidad, resulta que “ésta es una circunstancia en relación inmediata con el hecho pero que no pertenece ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad”. A partir de ello es que, para su punibilidad “es necesario añadir a las condiciones

objetivas de punibilidad las acciones realizadas por el injusto responsable” (pág. 95).

Delgado Rodríguez (2016) advierte en su tesis doctoral sustentado ante la Universidad Internacional de Catalunya, la realización de un estudio pormenorizado del fenómeno del blanqueo de dinero desde una perspectiva internacional, en la medida en que dicha delincuencia aprovecha las oportunidades que le ofrecen las clásicas estructuras del Estado, y la ausencia de una infraestructura global de respuesta legislativa y policial para llevar a cabo sus acciones, sin que la cobertura legal con la que actúan las diversas instituciones que la persiguen sirva para dar una respuesta rápida y eficaz a su control y erradicación.

Alvear Cordero (2015), en su monografía previa para la obtención del título de abogada, con el trabajo académico titulado “Blanqueo de capitales o lavado de activos, en la nueva legislación penal ecuatoriana”, describió que la palabra "lavado" tiene origen en los Estados Unidos en la década del veinte, época en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaban con sus actividades criminosas, fundamentalmente el contrabando de bebidas alcohólicas prohibidas en aquellos tiempos.

En el mismo sentido, Silvente Ortega (2013), en su tesis doctoral titulada “Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales en España desde la Jurisprudencia y el Derecho comparado con los países de la Unión Europea”, sostiene que el origen de la expresión *money laundering*, se remonta a 1931

cuando en Estados Unidos se acusó y condenó a Al Capone por la utilización de lavanderías que utilizaba para colocar los fondos de origen ilícito, por lo que tal expresión no forma parte de una técnica legislativa, sino que procede de la jerga más genuina del hampa norteamericano, y forma parte del argot empleado en el marco de las actividades económicas y financieras.

## **1.2. Bases teóricas**

### **1.2.1. El delito**

#### 1.2.1.1. Contenido formal y sustancial del delito.

Obregón y Gómez (2015) desarrollan los orígenes de la noción de delito al exponer que se trata de un constructo histórico y cultural, por lo que los parámetros del concepto dependerán del grupo social en el que se utilice este término. Las características a partir de las cuales una conducta puede ser considerada como delito pueden variar según el ordenamiento jurídico en particular; precisamente por ello, la teoría del delito es una disciplina de ámbito estatal. La finalidad de sostener un concepto de delito no es, por tanto, identificar un conjunto de características que nos permitan considerar que “esto es un delito”, sino ‘a esto lo llamamos delito’” (pág. 29).

Por su parte, Ramos (2010) nos señala que, para determinar los elementos esenciales y comunes a cualquier infracción penal, esto es, para establecer el concepto general de delito, hay que tener en cuenta, al menos, dos presupuestos metodológicos básicos:

- a) el principio de legalidad en materia penal exige que el concepto de delito se deduzca de la ley o, al menos, que sea compatible con ella, por lo que hay que partir del derecho penal positivo. (pág. 201)
- b) el concepto de delito ha de ajustarse a los fines del derecho penal del Estado, en particular a las exigencias que se derivan de un Estado de derecho.

En efecto, respecto a lo último, se afirma en la actualidad que, el objetivo del derecho penal en un Estado de Derecho es evitar cualquier tipo de comportamiento que lesione o ponga en peligro los bienes e intereses esenciales para la convivencia en la sociedad a través de métodos como la amenaza de imposición de penas. Por esta razón, es correcto sostener que estas consecuencias solo pueden conminarse tras la correcta verificación de que el agente ha llevado a cabo una acción u omisión típica desde el plano **objetivo** y **subjetivo**, sin estar autorizado para ello; es decir, que ha cometido un hecho ilícito. Aunado a ello, solo puede atribuirse a su autor si, además, es culpable por tal hecho. Con arreglo a estas premisas, la doctrina viene definiendo el delito, con carácter general, como un hecho ilícito (típico y antijurídico) realizado por un autor culpable. (Ramos, 2010, pág. 202).

Por su parte García-Pablos de Molina (2009) brinda su concepto de Derecho penal, que ayuda a entender el contexto en que se busca una definición del delito. El autor considera que el derecho penal puede conceptualizarse, dinámica y sociológicamente, como uno de los medios de control social formal por excelencia, empleado por el Estado, mediante un determinado sistema jurídico compuesto por leyes de índole penal, por medio del cual castiga a



través de sanciones de especial gravedad como son la imposición de penas y otras consecuencias jurídicas, a las conductas más nocivas para la convivencia social (que pueden ser calificadas como delitos o faltas, según lo establezca el mismo texto punitivo). Mientras que, desde una perspectiva formal, estima García Pablos de Molina que el derecho penal es un conjunto de normas de orden jurídico-públicas con las cuales se califican como delito y aplican las consecuencias jurídicas.

Como menciona Muñoz Conde (2007), el primer trabajo al que se enfrenta la teoría general del delito es el de brindar una definición de delito, conteniendo todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como tal y, a partir de ello, recibir una sanción (pág. 197).

- Concepto formal del delito

Desde una perspectiva formal, el delito es un hecho típico, antijurídico, penado por la ley. Como consecuencia de las exigencias del principio de legalidad, hay que concluir que solo es delito lo que la ley designa como delito (Obregón y Gómez, 2015). Sobre el concepto formal del delito, Muñoz Conde (2007) afirma que el concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta, por eso es necesario que la dogmatiza penas complementa dicha definición inicial de delito.

En ese sentido, un concepto formal del delito, reconocido por la legislación penal peruana, se encontraría bajo los términos del art. 11 del Código Penal, cuando se señala que: “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Definición que dio lugar a un desarrollo dogmático por parte de la academia nacional, al ser esta institución el ingrediente fundamental del sistema para imponer la sanción penal.

- Concepto material del delito

Obregón y Gómez (2015) consideran que el concepto formal de delito ofrece las ventajas de expresar la sujeción de la disciplina penal al principio de legalidad y de presentar cierto grado de universalidad; no obstante, su utilidad no deriva tanto de la escasa información que suministra sobre el delito, cuando de **su condición de parámetro para la elaboración de un concepto de naturaleza jurídico-material, de punto de partida de una teoría del delito**”.

El beneficio que se espera obtener de la construcción de un concepto material de delito es poder identificar, ante una descripción de hechos, si la conducta reúne o no los caracteres necesarios para poder considerarla delito. La calificación como “infracción penal” no proviene solo de confrontar el hecho con un artículo específico de la ley penal (Código Penal u otros dispositivos penales especiales). Esta afirmación llevaría a la ligereza. Esta labor de calificación va más allá. La calificación de un hecho o conducta como

infracción penal exige tener en cuenta un conjunto de elementos que, abstraídos de la ley penal, se presentan de forma organizada precisamente en la misma definición de delito. Por tanto, este concepto sirve como instrumento para la determinación práctica de las conductas que reúnen los elementos necesarios para exigir responsabilidad penal a su autor.

La elaboración de este concepto jurídico material, concretada en la determinación y sistematización de los presupuestos materiales necesarios para sostener la existencia de un delito, ha sido la ocupación que ha centrado la actividad de la dogmática penal en los dos últimos siglos. Aunque no todas las corrientes han adoptado este criterio con igual firmeza, si puede decirse que, con carácter general, estos elementos se han identificado con los presupuestos que la ley considera indispensables para imponer una consecuencia jurídico penal.

Así también, sobre el concepto material del delito Roxin (2006) sostiene que el *ius puniendi* (Villavicencio Terreros, 2014, no está de acuerdo con la utilización de esta expresión al estimar que no se puede hablar de un derecho del Estado para castigar), permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a castigar mediante la imposición de penas. Sin embargo, ello no aporta a la idea de cómo debe estar configurada una conducta para que el Estado cuente con la legitimación de penarla. Esta es la cuestión relativa al concepto material de delito, es decir, de la cualidad respecto al contenido del comportamiento punible.

Por su parte, en el concepto formal de delito, la conducta punible es definida en el marco del derecho positivo, en tanto que el concepto material de delito es anterior al derecho penal codificado. En consecuencia, el concepto material de delito es anterior al texto punitivo y dota al legislador de un criterio político-criminal sobre lo que puede penar y lo que no (Roxin, 2006).

Para ello como señala Roxin (2006) “hay que penetrar por toda una jungla de cuestiones polémicas antes de poder unir un sentido seguro y suficientemente claro a esa afirmación” (la protección de *ultima ratio* de los bienes jurídicos como fin del derecho penal) (p. 51). Para ello, Roxin señala tener en cuenta: i) la vulneración de un bien jurídico protegido como requisito de punibilidad, ii) un concepto idóneo de bien jurídico (que ofrezca una delimitación jurídicamente satisfactoria).

Desde esta perspectiva, el delito suele definirse como una acción típica, antijurídica, culpable. Tres elementos conformarían, pues, el concepto jurídico material de delito a partir del análisis de una conducta: 1) tipicidad, 3) antijuridicidad y 4) culpabilidad. Se discute por gran parte de la doctrina el fundamento de la punibilidad como último elemento del delito y su propia autonomía como categoría. En cualquier caso, todos los elementos del delito se encuentran conectados, de modo que han de concurrir simultáneamente para poder afirmar su existencia; la ausencia o exclusión de unos solo de los elementos basta para negar la presencia de un delito.

### 1.2.1.2. Desarrollo del concepto de delito por la dogmática jurídico penal.

En la evolución de la disciplina del derecho penal se han presentado diversos sistemas que definen al delito y que constituyen, cada uno, un modelo de análisis diferente y que han sido construidos sobre la base del modelo anterior con la perspectiva de superar sus características (Villavicencio Terreros, 2006). Así, a partir del sistema tripartito del delito, se desarrollaron cuatro modelos específicos de gran influencia en América Latina: el Causalismo naturalista, el Causalismo valorativo, el sistema finalista y finalmente el sistema funcionalista. “Cada uno de estos sistemas ha tenido influencias filosóficas, culturales y sociales en relación a su desarrollo histórico dogmático” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 234).

### **1.2.2. Significado de la teoría general del delito**

La teoría general del delito estudia las características que debe cumplir cualquier comportamiento humano para ser considerado como delito. Tal como señala Muñoz Conde (2011), esta teoría científica se ocupa de las propiedades que debe tener cualquier hecho para ser considerado como delito, tenga la naturaleza que sea (delitos contra el patrimonio, contra la vida, contra la libertad sexual, contra el orden socioeconómico, entre otros); en tanto delito, deberá cumplir con presupuestos que de manera permanente son comunes entre ellos.

Estructuralmente el derecho penal está compuesto por la parte general y la parte especial. La parte general analiza las características comunes que deben encontrarse necesariamente en todos y cada uno de los delitos recogidos en el

texto penal, en tanto que la parte especial se ocupa del estudio detallado de cada uno de estos. En ese sentido, la teoría general del delito se enfoca en la parte general, ocupándose de las características comunes de los delitos para así poder interpretar cualquiera de los que se encuentran contenidos en la parte especial. Este sistema garantiza la seguridad jurídica, ya que brinda los lineamientos de análisis de las tipologías delictivas de la parte especial. Luzón Peña (1996) se refería a esto del siguiente modo: “un concepto general de delito bien estructurado y sistematizado favorece no solo la seguridad jurídica, sino también una mayor justicia en la respuesta penal al delito” (p. 223).

En la vida cotidiana todos llevamos a cabo conductas por acción u omisión; no obstante, el Estado solo sanciona a aquellas que lesionan o ponen en riesgo aquellos valores a los que ha otorgado la categoría de bienes jurídicos de mayor valor, y expuestos taxativamente en el Código Penal, conforme al art. IV de su Título Preliminar. El punto principal objeto de análisis de la teoría general del delito está en los comportamientos concretos del agente (y no así en el agente), los cuales se han realizado en un determinado tiempo y espacio; a esto se denomina derecho penal de acto, a diferencia de lo que sucedía en el modelo antiguo en el que se consideraba como su centro de análisis y reproche al autor, proscrito en el moderno derecho penal (art. VII del Título Preliminar del Código Penal).

Tanto el delito como la pena, de la mano con la fórmula “peligrosidad-medidas de seguridad”, conforman las cuestiones esenciales del Derecho Penal. La decisión acerca de tales principios habrá de depender, entonces, de las premisas

valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada momento histórico-cultural. (Mir Puig, 2016, p. 147).

- Modelo de Estado y Derecho Penal.

Cada tipo de Estado exige una propia concepción y función del Derecho penal. La imagen del Estado social y democrático de Derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del Derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. (Mir Puig, 2016)

- Modelo de Estado Social y democrático de Derecho: Derecho Penal - Pena - Delito.

Estos conceptos están en una relación de dependencia. Para Mir Puig, 2016, “el derecho penal en un Estado Social, como medio de prevención, supone crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos”. (Función de prevención) (p. 148). Dicha función preventiva debe estar sujeta a ciertos límites. (Los principios del derecho penal tales como legalidad, lesividad, culpabilidad y *ultima ratio*. (Mir Puig, 2016).

Estos son los elementos que tratan de articular en el sistema de la teoría general del delito, sistema no solo dotado, en cuanto tal, de valor científico y práctico, sino también legítimo en la medida en que es el resultado de una evolución que

ha ido recogiendo las exigencias que la concepción del Estado dominante en nuestro ámbito de cultura impone al Derecho penal. (Mir Puig, 2016).

#### 1.2.2.1. Función de la teoría del delito.

La teoría general del delito fija los límites de lo que puede prohibirse y, a partir de ello, pensarse a través del Derecho Penal, y “da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible”. (Mir Puig, 2016, p. 148).

La evolución de la teoría general del delito se encuentra marcada por cuatro hitos básicos: el clasicismo, el neoclasicismo, el finalismo y el funcionalismo. Como nos lo ilustra Obregón y Gómez (2015) de la siguiente manera, respecto a las tres primeras:

- **Clasicismo (segunda mitad del siglo XIX – Principios del siglo XX).**

Esta etapa caracterizada por la fuerte influencia de la doctrina positivista jurídica, da espacio a un concepto de delito de carácter formal, tendiente a cumplir las exigencias del principio penal de seguridad jurídica. Los elementos del delito se definen de tal manera que no existe relación entre ellos; se conciben a modo de compartimentos estancos. En ese sentido, lo objetivo pertenece tanto a la acción como a la antijuridicidad y lo subjetivo a la culpabilidad.



La acción se define en términos puramente naturalistas: es un movimiento corporal, reconducible a un impulso voluntario del ser humano, que provoca una modificación en el mundo exterior captado por los sentidos (resultado). El tipo penal se considera una descripción valorativamente neutra de lo externo-objetivo de la conducta; no comprende elementos normativos, ni elementos subjetivos, ni implica juicio de desvalor alguno, sino únicamente la verificación de que la conducta encaja en un tipo. La tipicidad no es concebida como indicio de antijuridicidad (que se concibe de manera exclusivamente formal, como relación de contrariedad con el derecho).

La culpabilidad se describe como una relación de orden psicológica que vincula al sujeto de su conducta, siendo el dolo y la culpa las formas de conexión. Estos dos nexos causales subjetivos, no solo integran la culpabilidad, sino que constituyen la culpabilidad misma (dolo concebido como conocer y querer la realización de la acción típica; y la culpa, como la realización voluntaria de una acción que, por descuido o imprevisión, determina la producción de un resultado no deseado). En tanto que la culpabilidad se agota en una de estas especies. Por ello, se habla de una teoría estrictamente psicológica de la culpabilidad.

En consecuencia, el concepto clásico del delito puede verse como el producto de una doble relación causal: una relación material, la existente entre la acción y el resultado; y otra psicológica, la entablada entre el sujeto y la acción.

- **Neoclasicismo.**

En este periodo, el concepto de delito fue esencialmente valorativo y sus componentes se encontraron ligados a la relación entre acción, tipicidad y antijuridicidad.

La acción se define como un comportamiento dependiente de la voluntad humana. Este concepto pretende superar las objeciones formuladas al concepto clásico de acción mediante la introducción de una referencia valorativa: la dependencia de la voluntad humana.

El tipo se impregna de connotaciones valorativas. Así, a la vez que se admite la incorporación, aunque sea excepcional de elementos normativos y subjetivos, la tipicidad deja de considerarse un predicado valorativamente neutro y comienza a concebirse como un juicio de desvalor. De este modo, la tipicidad se fundamenta en el juicio de desvalor que recae sobre vulneración o peligro de vulneración de un bien jurídico, lo que determina a la conducta, en principio, como contraria a derecho (la tipicidad se concibe, así, como una norma objetiva de valoración).

El tipo describe, por tanto, una conducta que, en abstracto, es antijurídica (el tipo es la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad - teoría del indicio de Mayer o incluso su *ratio essendi* - teoría de Mezger). Consecuentemente, la antijuridicidad de una conducta no solo se describe formalmente, sino que se fundamenta en criterios materiales: la lesión o peligro de lesión de un bien jurídico.

La culpabilidad alude a un juicio de valor o de reproche dirigido al autor de una acción típica y antijurídica, porque, pudiendo y debiendo actuar

conforme a la norma jurídica, opta por realizar la conducta antijurídica. Esta valoración jurídica se pronuncia a causa de la infracción de un deber jurídico: se desvalora que el sujeto infrinja la norma subjetiva de determinación.

La estructura de la culpabilidad está compuesta, entonces, por los siguientes elementos:

- **Imputabilidad:** se concibe como capacidad de culpabilidad, capacidad que se afirma cuando el sujeto reúne una serie de condiciones biopsíquicas y que constituye el presupuesto necesario de una voluntad defectuosa.
- **Formas de culpabilidad:** es decir dolo y culpa. El dolo consta de un elemento intelectual (es decir, el conocimiento de los elementos típicos y de la significación antijurídica de la conducta) y otro volitivo (querer realizar la acción típica)
- **Exigibilidad de una conducta distinta:** elemento que confiere carácter normativo a la categoría de la culpabilidad y que consiste en la posibilidad de exigir personalmente al sujeto el cumplimiento del deber de actuar conforme a la norma.

▪ **Finalismo.**

La escuela finalista del delito representa, en principio, una distinta concepción de la acción, si bien esta concepción repercute en los demás

elementos del delito, según los finalistas, ni el legislador ni, en general, el jurista puede sustraerse a la naturaleza de las cosas, en este caso a la estructura lógico-ontológica de la acción humana, y esta estructura demuestra que en dicha acción predomina el aspecto subjetivo: su fin o finalidad. La diferencia entre la acción humana y los procesos naturales radica precisamente en la finalidad; el hombre puede prever las consecuencias de su accionar, establecer los objetivos y orientar su actuación a la consecución de estos. En definitiva, la acción es producto de la actividad final. En palabras de Welzel, la causalidad es ciega, la finalidad vidente. Por tanto, la acción consta de un elemento objetivo - el proceso causal - y otro subjetivo - el contenido de la voluntad -. Dado que las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad se predicán de la conducta, también se subjetivizan.

Respecto a la culpabilidad, se culmina el proceso de normativización iniciado por los neoclásicos: al incorporar al ámbito del tipo del injusto, como elemento subjetivo, el contenido de la voluntad (dolo y culpa pertenecen a la acción típica), en la culpabilidad solo permanecen los elementos que permiten atribuir el injusto realizado a su autor. Como las condiciones de atribución se determinan y valoran normativamente y los elementos psicológicos se adelantan al tipo, la culpabilidad finalista es estrictamente normativa. (p. 33)

Para el Finalismo la estructura de la culpabilidad está compuesta por los siguientes elementos (Obregón y Gómez, 2015):

- Imputabilidad: ya no se concibe como mero presupuesto de la culpabilidad, sino como su núcleo esencial: si la culpabilidad consiste en la atribución de la acción al sujeto, las condiciones de este pasan a constituir elemento esencial de la imputación.
- Conciencia de antijuridicidad o en términos más exactos, posibilidad de reconocer o de comprender el carácter delictuoso del comportamiento. El finalismo incluye el dolo en la acción típica; sin embargo, se trata de un dolo natural, que abarca el conocimiento de los elementos típicos, pero no el de la significación antijurídica de los propios actos. La conciencia de antijuridicidad se integra en la culpabilidad, pero entendida no tanto como elemento psicológico, sino en sentido normativo; es preciso para afirmar la culpabilidad, que el sujeto tenga la posibilidad de tener conciencia de la antijuridicidad de la conducta. (Obregón y Gómez, 2015, págs. 33-34).
- Exigibilidad de una conducta distinta (elemento normativo).

▪ **Funcionalismo.**

El nuevo sistema “racional-final” o “funcional” para una teoría del delito, empezó a ser desarrollado en la década de 1970, alejándose de los postulados finalistas en el entendido que el derecho penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas, sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal (Villavicencio Terreros, 2006). Los postulados funcionalistas no buscan modificaciones a la teoría del

delito, más bien, pretenden atribuir en sus elementos nuevos contenidos, con el objetivo de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad (Villavicencio Terreros, 2006).

Este sistema “encuentra su base en la sociología sistemática de Parsons, Merton (acogidos por Roxin) y Luhmann (acogida por Jakobs), donde se aborda el problema a través del sistema” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 248).

A pesar de distanciarse de Welzel, los funcionalistas alemanes no dejan de sostener que en él se encuentra su punto de partida. En ese sentido, “Roxin afirma que su teoría es un desarrollo del modelo sintético neoclásico-finalista y Jakobs afirma partir del funcionalismo ético del finalismo” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 249).

- **Funcionalismo de Jakobs.**

Jakobs habla de “Teoría de la imputación” y no de “Teoría del delito”. En este contexto, por medio de la imputación se establece la persona a la que ha de sancionarse para reafirmar la vigencia de la norma; para ello se necesita de: *i)* un comportamiento realizado por el sujeto, *ii)* que tal comportamiento sea contrario a la norma; y *iii)* que el sujeto sea culpable.

Respecto al primer elemento, Jakobs habla separadamente de acción y de omisión según la estructura – comisiva u omisiva – del delito que se contemple. Describe la acción como la “no evitación de un resultado individualmente evitable. Si bien este concepto no se proclama como el

resultado de una indagación ontológica, sino como el concepto de acción relevante a la misión del derecho penal, es patente su proximidad al concepto final de acción. Se advierte, en este sentido, que se reproduce la doble exigencia de un elemento objetivo (la causación – o la no evitación – de un resultado) y de un elemento subjetivo (las condiciones en que el resultado es evitable individualmente para el sujeto). Con el abandono de la idea de finalidad dirigida al resultado y su sustitución por la referencia a las condiciones en que el resultado es individualmente evitable para el sujeto se pretende resolver los problemas que el concepto final de acción presenta en relación con las acciones imprudentes y los comportamientos automatizados. (Obregón y Gómez, 2015).

Respecto al segundo elemento: “el comportamiento del sujeto es contrario a la norma cuando realiza el tipo y no está justificado. La caracterización de la acción como una estructura de elementos objetivos y subjetivos se formula también respecto del tipo”. (Obregón y Gómez, 2015). La tipicidad expresa que el comportamiento examinado es un suceso socialmente anormal, que solo resulta tolerable si se produce en un contexto de justificación. Tanto la justificación como la antijuridicidad resultan también de la consideración de elementos objetivos y subjetivos; por ello dice Jakobs que el hecho antijurídico indica una falta de motivación jurídica dominante (esto es, el hecho antijurídico muestra que no está presente en el autor la disposición a determinar su conducta conforme a la norma correspondiente).

Para Jakobs, la culpabilidad es precisamente la responsabilidad por el déficit de motivación jurídica dominante que se ha traducido en un comportamiento antijurídico. Jakobs prefiere hablar de “infidelidad al derecho” para precisar que la responsabilidad surge *i)* cuando el sujeto no está dispuesto a motivarse conforme a la norma correspondiente y *ii)* cuando esa falta de disposición no es explicable sin perjudicar la confianza en la norma.

Este último elemento convierte la infidelidad al derecho en un concepto netamente funcional, la decisión sobre las circunstancias en las que la efectiva falta de una disposición a motivarse conforme a la norma se considera un déficit de fidelidad y, por tanto, permite atribuir responsabilidad al autor, depende de la medida en que las condiciones que provocan esa falta de disposición son toleradas por el sistema social sin afectar a la función de la pena (mantener el reconocimiento general de la norma). (Obregón y Gómez, 2015).

- **Funcionalismo de Roxin.**

Su idea se resume en “la idea de construir teóricamente al delito en base a la función político-criminal del derecho penal” (Villavicencio, 2006, p. 249). A esta construcción teórica Roxin la denomina “Sistema Teleológico- politicocriminal” (Villavicencio Terreros, 2006). En este proyecto sistémico se desarrolla lo siguiente: Se reafirma la corriente neokantista; se sustituye el perfil neokantiano de los valores culturales por una sistematización jurídico- penal, como base político-criminal de la moderna teoría de los fines de la



pena; un sistema moderno del derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, lo que implica que su construcción atienda finalidades valorativas. En este sistema, los elementos generales del delito se establecen en armonía de los fines político-criminales. Roxin entiende al tipo como expresión técnica del principio de legalidad penal. Con este constructo se valora la acción, con independencia de la persona y de la específica situación de la actuación. Su finalidad político-criminal es preventivo general. Este autor propugna la teoría de la imputación al tipo objetivo, por medio del cual "busca depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma". (Roxin, 2006, pág. 230).

Para Roxin (2006) "la antijuridicidad no es una categoría especial del derecho penal, sino de todo el derecho. (...) por eso, señala que es mejor hablar de injusto que de antijuridicidad" (citado por Villavicencio Terreros, 2006, p. 251). Además, este autor, establece que el aspecto político criminal del juicio de injusto supone tres funciones:

- a) Brinda respuesta a los conflictos de intereses para la punibilidad del interviniente en el delito.
- b) Representa la conexión para la imposición de medidas de seguridad u otras consecuencias jurídicas.
- c) Vincula el derecho penal con todo el ordenamiento jurídico.

Respecto a la culpabilidad Roxin (2006) la considera un elemento importante, para lo cual nos plantea un concepto renovado de la misma:

Amplia el elemento culpabilidad a la de responsabilidad, en el sentido que a la culpabilidad como condición ineludible de toda persona se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal, de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. En la responsabilidad encontramos a la prevención especial, pues se atribuye al delincuente (pág. 100).

### **1.2.3. Clasificación de los delitos**

Los delitos se pueden clasificar de varias maneras de acuerdo a que criterio se toma en cuenta:

- Con relación a la afectación del bien jurídico (de lesión o de peligro).

Hay tipos penales que “exigen la lesión de un bien jurídico y dan lugar a los delitos de lesión y resultado material (homicidio) y a los delitos de lesión y simple actividad (violación)”. (Zugaldia Espinar, 2010, pág. 234)

Estas diferencias nos las explica Zugaldía Espinar (2010) de la siguiente manera:

Para determinar la adecuación de la conducta al tipo objetivo en los delitos de resultado es necesario corroborar la generación de un

resultado. Para comprobar la adecuación al tipo objetivo en los delitos de mera actividad debe constatarse la ejecución de la acción prohibida. A esta categoría se incluyen aquellos delitos que protegen bienes jurídicos no materializables en un objeto y en los que es difícil distinguir un resultado material de su menoscabo. (pág. 235).

En otras ocasiones, cuando el valor jurídicamente protegido es de gran relevancia, el legislador emplea como técnica legislativa el adelantamiento de las barreras de protección, castigando no solo las conductas que lo lesionan, sino también aquellas que lo ponen en peligro o son capaces de hacerlo. (pág. 235).

Delitos de peligro abstracto: para los que es suficiente la peligrosidad ex ante de la acción, sin que se requiera que un bien jurídico determinado sea puesto en concreto peligro. (Zugaldia Espinar, 2010)

Delitos de peligro concreto: se exige una efectiva puesta en peligro de un determinado bien jurídico (Zugaldia Espinar, 2010).

- En relación a la conducta (de acción u omisión).

“Se llaman delitos de acción aquéllos en que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva. Son de omisión aquéllos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo”. (Mir, 2016, p. 233)

Delitos de omisión propia: “En ellos se describe sólo un no hacer, con independencia de si del mismo se sigue o no un resultado”. (Mir, 2016, p. 233)

Delitos de omisión impropia (comisión por omisión): a diferencia de los otros no existen un mandato expreso, en el tipo penal, que les exija hacer una determinada acción. Como señala Mir (2016), aquí si se exige un resultado para su configuración típica.

- En relación a los sujetos (comunes y especiales).

Delitos comunes: estos delitos se caracterizan por no presentar restricciones para ser sujeto activo de la conducta descrita en el tipo penal. Se caracterizan por presentar la siguiente frase en el tipo penal: “el que...”, cuando se refieren al sujeto activo del delito.

Delitos especiales: esta naturaleza de delitos exige una cualidad especial al sujeto activo, por ejemplo: ser funcionario público. Pueden ser propios o impropios.

Son propios cuando el tipo penal describe una conducta a título de autor del delito; en cambio, en los impropios esa condición especial que se le exige al sujeto activo funciona como una agravante de la conducta típica.

- En relación a los bienes jurídicos afectado (monofensivos y pluriofensivos).

Delitos monofensivos: son aquellos que solo lesionan o pone en peligro un solo bien jurídico penalmente protegido.

Delitos pluriofensivos: son aquellos delitos en los que la descripción típica implica la lesión o puesta en peligro de más de un bien jurídico al mismo tiempo.

#### **1.2.4. Estructuras dogmáticas del delito**

De acuerdo con Villavicencio Terreros (2006), la dogmática penal ha construido dos sistemas: “los teóricos bipartitos y los sistemas teóricos contemporáneos o tripartitos” (pág. 231). La primera teoría tiene como cuestión principal la distinción entre sujeto activo y objeto del delito. “Este sistema examina la idoneidad del sujeto activo del delito. El objeto del delito aparece recién en el debate sobre la causalidad del autor, y este está constituido por el ilícito típico” (Villavicencio Terreros, 2006, pág. 231)

“Los sistemas teóricos contemporáneos o tripartitos se han desarrollado sobre la base de los sistemas bipartitos en la ciencia del derecho alemán a finales del siglo XIX” (Villavicencio, 2006, pág. 232). El sistema tripartito a diferencia del bipartito, fundamenta el delito por medio de la conducta.

Una concepción bipartita fue propuesta por Merkel, a través de la antijuridicidad y culpabilidad. En esta línea también tenemos la teoría de los elementos negativos del tipo o teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho. (Villavicencio Terreros, 2006, pp. 233-234). Esta última teoría (de los elementos negativos) “entiende que existe un tipo total de injusto que incluye aspectos positivos y negativos, fue originada teóricamente por Merkel”. (Villavicencio Terreros, 2006, p. 234).

- Líneas Generales de la Teoría del Delito.

Se admite generalmente -prescindiendo de divergencias menores- que **el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable**, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible. (Mir, 2016, pág. 148)

En la doctrina actual van imponiéndose dos ideas fundamentales respecto a esta definición, Mir Puig (2016): Sus dos pilares fundamentales son la **antijuridicidad** y la culpabilidad. Así, “antijuridicidad” significa contrariedad al Derecho penal, en tanto que “culpabilidad” significa la posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable. (pág. 149).

Mir Puig (2016) nos detalla lo siguiente:

Respecto a la Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad, hoy se discute si la unidad del ordenamiento jurídico permite o no hablar de una antijuridicidad específicamente penal. Aquí parto de que en Derecho penal la antijuridicidad importa ante todo como una especie dentro de la antijuridicidad general: como antijuridicidad penal. **El carácter penal de la antijuridicidad nace formalmente con la tipicidad penal.**

Tampoco hay acuerdo acerca de si la antijuridicidad es (sólo) un **juicio de desvalor jurídico** o también expresa la **infracción de una norma imperativa.**

Quien entiende lo primero (p. ej., Mezger), sitúa en la culpabilidad la infracción del imperativo, mientras que el segundo punto de vista (p. ej., el de Armin Kaufmann) elimina la anti normatividad de la culpabilidad y la reduce a condición de atribución personal de la infracción de la norma.

**La antijuridicidad penal se entenderá aquí sólo como juicio de desvalor que parte de la nocividad jurídico penal de un hecho**, en cuanto el mismo supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal no justificada por un interés jurídico superior. Este juicio no implica todavía, esto es, por sí mismo, la infracción de una norma primaria (imperativa) por parte de su destinatario concreto. (p. 149)

Respecto de la culpabilidad

Pero el término «culpabilidad» no se utilizará –por las razones que enseguida se indicarán– para incluir los presupuestos de la imputación personal. Prescindiendo de él, se incluirá en la esfera de la imputación personal, tanto la indicada exigencia de infracción personal de la norma primaria, como la necesidad de un sujeto penalmente responsable. (pág. 150)

#### 1.2.4.1. Sistema bipartito.

En su versión moderna este sistema busca englobar los elementos del delito en dos grandes macroelementos que son la antijuridicidad y la culpabilidad. Al respecto, Obregón y Gómez (2015) sostienen que:

Es posible identificar la antijuridicidad penal como primer macro-elemento del concepto material del delito, compuesto, como elemento básico, de la tipicidad y, como elementos periféricos, de la acción y de la falta de justificación. La tipicidad es el elemento crucial, el que permite determinar qué hechos constituyen un ilícito penal. Su configuración da fundamento a la antijuridicidad, por ser una categoría previa en la teoría del delito (indicio de antijuridicidad). Pero el juicio de tipicidad presupone la existencia de hechos susceptibles de ser típicos, y exige determinar la ausencia de permiso jurídico para ejecutar la conducta típica. En el concepto de conducta típica injustificada, se emplea la expresión "injusto penal", cual es la conducta penalmente antijurídica.

El derecho penal no realiza el juicio de antijuridicidad en cimientos distintos a las de otras disciplinas del derecho, aunque exige una cuestión adicional para la aplicación de la sanción penal. Esta se ubica en la categoría de la culpabilidad. En ese sentido, para la imposición de una pena, se requiere además del injusto grave, que el agente se relacione con su conducta ilícita. Es decir, que reúna ciertas condiciones personales (imputabilidad), que su voluntad (dolo) envuelva la perturbación del bien jurídico, y que se encuentren en una condición normal (exigibilidad de una conducta distinta).



La concurrencia de los elementos subjetivos en la persona del responsable del hecho o en su relación con el hecho es pasible de la desvaloración jurídica, además de la ya mencionada en la categoría de la antijuridicidad penal. La valoración negativa del injusto penal recae de forma objetiva sobre una conducta que ataca un bien jurídico; en cambio, la valoración negativa del injusto penal culpable tiene que ver con el reproche que se dirige al responsable de la realización de esa conducta previamente desvalorada.

Antijuridicidad penal y culpabilidad determinan, pues, la existencia de un delito. La antijuridicidad penal fundamenta la responsabilidad penal y concreta la gravedad del ilícito del que se debe responder; la culpabilidad constituye un filtro que modula (o niega) la imputación de esa responsabilidad penal al sujeto, estableciendo en qué medida y hasta qué punto este ha de responder del injusto realizado. (p. 38-39)

Sobre esta estructura, Mir Puig (2016), expone:

Se entiende el delito como **un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable**. Esta concepción se estructura en dos partes. La antijuridicidad penal, que exige, como primer elemento, la tipicidad y, como parte de la antijuridicidad propiamente, la ausencia de causas de justificación; asimismo, la imputación personal, que

requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable al sujeto responsable de una infracción de la norma primaria. (p. 150)

En su definición no incluye la punibilidad, por considerarla no necesaria en la definición del delito por parte de autor.

La antijuridicidad penal exige dos cuestiones:

La primera, como la vulneración o amenaza suficientemente grave de un bien jurídico protegido, necesitada de la imposición de una pena. y, que el bien jurídico no entre en conflicto con otros intereses que justifiquen su ataque. En efecto, el principio de lesividad o mínima intervención del derecho penal debe ser el punto de partida de la antijuridicidad penal. Luego, el injusto penal debe ser imputable a la infracción de una norma primaria. Sin embargo, esto no sucede cuando el agente no puede identificar la peligrosidad del hecho o es incapaz de evitarlo, y cuando no puede conocer su objetiva antijuridicidad (error de tipo y de prohibición invencibles).

Como segundo requisito de la imputación personal de la antijuridicidad se tiene que, para que pueda atribuirse dicha imputación debe tratarse de un sujeto penalmente responsable.

Para que el hecho sea relevante penalmente, solo basta una lesión o amenaza de un bien jurídico protegido por un tipo penal. Esto configura el primer presupuesto exigido por la norma secundaria que impone la

pena. No obstante, la norma secundaria exige que el mismo sea imputable a su autor, esto es, que sea legítimo imponerle tal consecuencia jurídica por su hecho penalmente anti normativo. Finalmente, la irresponsabilidad del sujeto no evita la antijuridicidad del hecho ni la infracción personal de la norma. (pág. 152).

Así también, Muñoz Conde (2007) sostiene lo siguiente:

En estas dos grandes categorías - antijuridicidad y culpabilidad - se ha ido distribuyendo luego los diversos componentes o elementos del delito. En la primera se incluye la conducta, sea por acción u omisión, los medios y las formas en que se realiza, sus objetos y sujetos y la relación causal y psicológica con el resultado. En la segunda se encuentran las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Ambas categorías tienen también una vertiente negativa, así, por ejemplo: la existencia de una fuerza física irresistible; las causas de justificación, la falta de facultades psíquicas del autor. (p. 199)

#### 1.2.4.2. Sistema tripartito.

Este sistema divide los elementos de la teoría general del delito en tres categorías, como son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En realidad, el contenido es el mismo que en la teoría bipartita, la diferencia es la ubicación de cada uno de los elementos. Pérez Alonso (2010) considera, al respecto, lo siguiente:

- La tipicidad

Con la tipicidad se trata de comprobar si el hecho acaecido en la vida real se adecua perfectamente a la descripción del suceso recogida en la ley penal. Esto ocurre cuando se lleva a cabo la acción prohibida o cuando esta no se realiza. Debe diferenciarse entre el aspecto objetivo de la conducta, y el aspecto subjetivo. (pág. 203).

- La antijuridicidad

En esta categoría se trata de demostrar si el hecho tiene perfecto encaje en la descripción penal. Esto puede ocurrir con la comisión de la acción prohibida, o con la realización de la acción mandada. (pág. 203).

- La culpabilidad

Una vez habiéndose acreditado que se está frente a un hecho típico y antijurídico, falta determinar si el autor del injusto llevo a cabo el hecho teniendo capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y de que haya tenido la posibilidad de saber el reproche jurídico-penal de la conducta.

En otras palabras, “consiste en establecer y analizar las condiciones personales que son necesarias para poder atribuir el hecho realizado a su autor y hacerlo responsable penal del mismo”. (p. 208-209)

#### **1.2.5. El delito de lavado de activos**

El blanqueo de capitales “es un proceso o conjunto de actividades destinadas a introducir los bienes de origen delictivo en la economía legal dotándolos de la apariencia de haber sido adquiridos por medios lícitos o legales” (De la Corte Ibáñez y Giménez Salinas, 2010, p. 291).

Una cuestión distintiva del lavado de activos respecto de otros delitos, es el hecho de que este “no se consuma en un instante, sino que se efectúa por etapas” (Rodríguez Huertas citado por Prado Saldarriaga, 2018, pág. 49). Como señala Prado Saldarriaga (2018), citando a Altvater y Mahnkopf, el surgimiento de la criminalización transnacional del lavado de activos está relacionada en el contexto cuando se estaba reformulando las políticas y estrategias públicas de prevención y persecución tráfico ilícito de drogas: “A fines de los ochenta los crímenes relacionados con la droga estaban en constante aumento y fue la lucha contra esta

criminalidad lo que lleva a prestar atención en primer lugar al lavado de ingresos provenientes de la droga” (págs. 49-50).

#### 1.2.5.1. Rasgos característicos del lavado de activos.

Al respecto, Prado Saldarriaga (2018) los detalla:

El primer aspecto característico de las acciones de lavado está referido al modus operandi que emplea el agente al ejecutarlas. Al respecto es de señalar, que los actos de lavado se materializan observando siempre las formalidades y procedimientos usuales que son regularmente exigido para cualquier negocio jurídico o financiero. El cumplimiento de gran parte de estos requisitos y de sus ritos formales aleja toda sospecha y suspicacia sobre su propósito real. (p. 57)

Un segundo aspecto que también identifica de modo determinante a las operaciones modernas de lavado de activos se expresa en las cualidades psicosociales y de especialización que definen el perfil del agente del delito. Esto impone que en las diferentes etapas del lavado de activos se busque la intervención preferente de personas mayormente ajenas a los actos generadores del capital o bienes ilegales. Además, con un perfil de profesionales o empresarios exitosos, con reconocidas habilidades para la actividad comercial o financiera. Se requiere pues, de agentes del delito poseedores de un alto grado de los que Rodríguez Huertas califica como profesionalización. (p. 58)

#### 1.2.5.2. Estructura típica del delito de lavado de activos.

- Objeto material

El objeto material de este delito está representado por el dinero, los efectos o las ganancias que deben tener una procedencia ilícita como característica esencial de estos activos.

- Conducta típica

Se sanciona los actos de conversión y transferencia, de ocultamiento y tenencia del dinero, bienes, efectos o ganancias. Los actos de conversión equivalen a la mutación del objeto material del delito los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se “lavan” mediante conversión cuando el autor los transforma en otros. (Caro Coria, 2019, T. II, pág. 460).

La conversión puede ser material, por ejemplo, la fundición de joyas de oro en una barra o lingote de oro. También puede ser inmaterial o ideal, por ejemplo, el depósito de dinero en efectivo en un banco se transforma en un crédito contra la cuenta o un apunte contable, o la adquisición de bienes muebles o inmuebles con dinero en efectivo de origen delictivo. (Caro Coria, 2019, T. II, pág. 460). Los actos de transferencia “que involucran tanto la transmisión de bienes como el traslado de los mismos” (Caro Coria, 2019, T. II, pág. 462). “La trasmisión implica la salida de los bienes del propio patrimonio, para incrementar el de otras personas” (Caro Coria, 2019, T. II, pág. 462).

Los actos de ocultamiento y tenencia están recogidos a través de nueve verbos rectores:

**Esquema n.º 1. Verbos rectores del lavado de activos**

<i>Adquirir</i>	<i>Utiliza</i>	<i>Posee</i>	<i>Guarda</i>	<i>Administra</i>	<i>Custodia</i>	<i>Recibir</i>	<i>Ocultar</i>	<i>Mantener en su poder</i>
-----------------	----------------	--------------	---------------	-------------------	-----------------	----------------	----------------	-----------------------------

**Nota.** Fuente: D. Leg. N.º 1106, *passim*. Ley 31178 artículo 5.

- El delito previo

Es el llamado delito fuente, este delito debe reunir ciertos requisitos:

- Debe ser un delito de cierta gravedad y a la vez que genere una ganancia económica (Caro Coria, 2019)
- “Debe ser en esencia doloso, aunque excepcionalmente podría admitirse la modalidad culposa siempre que genere ganancias y se considere grave” (Caro Coria, 2019, T. II, p. 477).

Cabe mencionar que, antes de hacer un análisis sobre la supuesta autonomía sustantiva del delito de lavado de activos, es preciso establecer qué determina que un delito sea autónomo. Para ello se recurrió a la doctrina penal extranjera, específicamente a autores como Jescheck (2014), quien sostiene que el delito



autónomo, aunque posea una relación criminológica con otro delito, viene a suponer una variación autónoma de este que justifica su separación en la configuración del sistema legal. Los delitos autónomos muestran un grado de parentesco con otros hechos punibles en relación con el bien jurídico protegido y la descripción de la acción, pero no existe la relación característica con un tipo básico, el nuevo tipo se ha desprendido de su relación característica con un tipo base. (Jescheck, 2014). Es decir, se transforma en un nuevo tipo por efecto de la relación con algún grupo de delitos y pasa a constituirse en una norma autónoma con un contenido propio contrario al derecho. Coincidimos con Gracia Martín (2005) que afirma: “como noción de delito autónomo, aludiría, a aquella clase de delitos que se caracterizarían por su independencia en relación con un determinado delito de referencia respecto del cual presentaría, en principio, alguna vinculación” (pág. 79).

Luego de estudiar el concepto del delito, y en participar de un delito autónomo, identificaremos las posiciones que se han originado con respecto a la normativa nacional que regula al delito de lavado de activos.

#### 1.2.5.3. La autonomía del delito de lavado de activos.

Inicialmente la ley no exigía que el delito fuente se encuentre por lo menos en investigación, proceso judicial o exista sentencia condenatoria. Esto fue objeto de múltiples críticas, “en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes” (Caro Coria, 2019, T. II, pág. 478). Además, se mencionaba la vulneración de garantías constitucionales.

Caro Coria (2019) hace una acotación importante a esta relación del delito previo con el delito de lavado de activos: “la relación no puede ser otra que una de imputación objetiva” (Caro Coria, 2019, T. II, pág. 478).

### 1.3. Definición de términos básicos

- **Estructura tripartita del delito.** Está conformada por los elementos del delito que se analizan en de la teoría general del delito. Dichos elementos son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.
- **Tipo penal.** Es la descripción del comportamiento prohibido en el ordenamiento jurídico penal; “matar a otro” es la descripción de la acción que infringe la norma que prescribe ‘no matarás’”. (Bacigalupo, 2004, pág. 212). En sentido general, “es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal, por lo tanto, es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma”. (Bacigalupo, 2004, pág. 212).
- **Tipicidad.** Es la operación que realiza el operador jurídico para encuadrar una conducta en un determinado tipo penal. (Villavicencio Terreros, 2014).
- **Lavado de activos.** Es el proceso mediante el que se busca introducir, en la estructura económica y financiera, los recursos provenientes de actividades ilícitas (delitos precedentes), con la finalidad de darles apariencia de licitud.

(Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Inicio/Sistema de Lucha Contra el LA/FT/Lavado de activos, s. f., párr. 1 y 2).

- **Actos de ocultamiento.**

Conforman la fase final del proceso del lavado de activos conocida como fase de **integración**. Se trata, entonces, de conductas que tienen lugar una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad, la que les fue gestada por los actos anteriores de conversión y transferencia. (Prado Saldarriaga, 2007, pág. 146).

- **Bienes.**

Son toda clase de activos materiales e inmateriales, y documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su naturaleza, (incluso electrónico), que acreditan su propiedad o un derecho sobre los mismos. (Art. 3.3 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo).

## **CAPÍTULO II**

### **METODOLOGÍA**

#### **2.1. Tipo de investigación**

La presente tesis tiene un enfoque metodológico cualitativo básico, con diseño descriptivo-teórico; en tanto, se analizaron las teorías que se han desarrollado a nivel doctrinal para dar respuesta al fundamento de considerar la aplicación de la teoría tripartita del delito en el lavado de activos, sin recurrir a algún procedimiento experimental para ello. En el presente trabajo no se incluyeron hipótesis ni variables.

#### **2.2. Nivel de investigación**

- Nivel exploratorio: El acercamiento inicial a la problemática planteada en el presente trabajo académico de tipo tesis respecto al estudio del delito de lavado de activos, se llevó a cabo por medio de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia.
- Nivel descriptivo: Se enunciaron y desarrollaron los aspectos fundamentales que componen la problemática objeto de análisis.
- Nivel explicativo: Se buscó la causa del problema a través de la teoría tripartita del delito y su confrontación con la actual redacción del tipo de lavado de activos, comprendido en el D. Leg. N.º 1106, entre otras cuestiones relevantes.
- Nivel correlacional: Se determinó el nivel de conexión entre conceptos como tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, lavado de activos y sus modalidades, entre otros.

### **2.3. Método de investigación**

Se empleó el método deductivo, ya que, tomando en cuenta las reglas de la teoría general del delito, se elaboró una específica, aplicable para aquellas conductas que, de acuerdo con el principio de legalidad, son subsumidas en el delito de lavado de activos, específicamente para interpretar su contenido de acuerdo con los elementos dogmáticos del delito, tales como: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

### **2.4. Diseño de investigación**

- Diseño no experimental: Al tratarse de un trabajo de investigación teórico no se manipularon variables.
- Diseño prospectivo: A partir de reglas generales de imputación se realizaron proyecciones que permitan dar solución a la aplicación de la teoría tripartita del delito para la configuración de las modalidades básicas de lavado de activos.

### **2.5. Técnicas para la recolección de datos**

Se analizaron documentos normativos (dispositivos jurídico penales) que regulan el delito de lavado de activos, como técnica para la recolección de datos; y las tres actividades en el proceso de recolección de datos fueron:

- a) Se eligió la documentación normativa válida y confiable.
- b) A partir de dicha documentación se obtuvieron reglas generales de configuración del delito, para el interés del estudio.

c) Las reglas generales obtenidas fueron ordenadas y registradas.

## **2.6. Aspectos éticos**

El presente trabajo es original y respeta la propiedad intelectual (derechos de autor), ya que se registran las fuentes bibliográficas, hemerográficas y electrónicas consultadas, conforme a la Guía de Elaboración y Presentación de la Tesis del Posgrado de la Facultad de Derecho, la misma que exige a su vez el correcto empleo del sistema de redacción y referenciación APA (6ta ed.) y de consejos útiles para elaborar y estructurar textos científicos.

## CAPITULO III

### EL FENÓMENO TRANSNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

A inicios del siglo XX, las mafias norteamericanas conformadas por los *gangsters* Giacomo Colosimo "*Diamond Jim*", Giuseppe Masseria "*Joe The Boss*", Donato Torrio "*The Fox*", Al Capone "*Al Scarface Capone*", Francesco loele "*Frankie Yale*", Salvatore Lucania "*Lucky Luciano*", Majer Suchowliński o Meyer Lansky "*Mastermind of the Mob*", entre otros, lograron acumular grandes fortunas provenientes del tráfico de bebidas alcohólicas, la prostitución, el proxenetismo, el juego ilegal y el chantaje, actividades que a pesar de ser objeto de persecución por las autoridades, permanecieron casi en la impunidad debido a que el pago en monedas generaba dificultades para poder distinguir su real procedencia. A su vez, el progreso de las investigaciones policiales obligó a las mafias ocultar el producto de su actividad ilícita a través de la creación de una red de lavanderías, rubro en el que invertían todos los réditos obtenidos, siendo esa la manera en que las ganancias maculadas se combinaban, de forma más efectiva, con las ganancias legítimamente obtenidas de un mercado legal.

Podría considerarse que similar práctica se llevó a cabo en una época más antigua como es la Edad Media, periodo en el que existió una suerte de "lavado de dinero", cuyo fin, sin embargo, no era "blanquear" las ganancias obtenidas de negocios ilegales, sino solo de esconder los recursos generados por medio de la usura, que fuera declarada delito en el siglo XIV por orden del Papa Clemente V.

Sin embargo, la sola práctica de introducir dinero sucio al sistema económico no fue perseguida por el gobierno de los Estados Unidos ni por ningún otro hasta que las

mismas autoridades norteamericanas lograron comprobar la existencia de dinero que circulaba en el mercado y que provenía de ganancias obtenidas del narcotráfico colombiano. En efecto, Blanco Cordero (2015) sostiene que, en el año 1982, la expresión “*money laundering*” (lavado de dinero) fue empleada por primera vez en el ámbito judicial en un caso que tuvo lugar en los Estados Unidos, “que implicaba el comiso de dinero supuestamente blanqueado procedente de cocaína colombiana” (pág. 98). No obstante, como refiere Blanco Cordero (2015), la locución “lavado de dinero” o “*money laundering*” no es técnica, sino que procede la “jerga más genuina del hampa” (pág. 98, confrontando con Bajo Fernández, 1995, pág. 63). Tiempo después, “la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) creó el grupo especializado denominado Fondos Procedentes de Actividades Criminales (FOAPAC), el mismo que elaboró la Enciclopedia Financiera” (Rodríguez Huertas, 2005, pág. 38). No obstante, hasta dicho tiempo, el interés de criminalizar el lavado de activos era todavía secundario por las Naciones Unidas.

Es menester precisar que los siguientes encuentros que se llevaron a cabo entre los años 1983 y 1984 se limitaron a proponer acciones de fiscalización y decomiso. Inclusive, con el surgimiento de la iniciativa de creación de una nueva Convención para la represión del tráfico ilícito de drogas en el año 1984, la Comisión de Estupefacientes hace de público conocimiento el primer Proyecto de Convención contra el Narcotráfico, que no considera entre sus conductas sancionables el lavado de activos. En efecto, del art. 3 del Proyecto, se desprende:

Se consideran actividades ilícitas las siguientes: el tráfico, distribución, suministro, fabricación, elaboración, refinación, transformación,



extracción, preparación, producción, cultivo, preservación, transporte, almacenaje, dirección, organización, financiamiento o facilitación del tráfico de cualquiera de las sustancias o de sus materias primas a las cuales se refiere la presente Convención.

Es a partir del año 1986 con la presentación de un nuevo Proyecto de Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que la Organización de las Naciones Unidas propone la criminalización del lavado de activos. En efecto, el Proyecto precisa en su art. 2 que los Estados partes deben adoptar medidas necesarias para incorporar en su legislación penal a las siguientes conductas delictivas: La adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado del tráfico ilícito o utilizado en ese tráfico. (Comisión de Estupefacientes. Aplicación y Elaboración de Instrumentos Internacionales sobre la Fiscalización de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Documento E/CN.7/1987/2).

Con ello, recién se considera al lavado de activos como una conducta que posibilitaría mejores opciones de control del narcotráfico. A partir de ello que el “Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras en Materia de Fiscalización del Uso Indebido en Materia de Drogas”, aprobado en 1987 por las Naciones Unidas, estime como finalidad la adecuación de las normas penales para una mayor eficacia, y proponga la necesidad de considerar como conducta delictiva: “La adquisición, posesión temporal, transferencia o blanqueo del producto o los instrumentos derivados del tráfico ilícito utilizados en ese tráfico”. Este plan estratégico expuso un abanico de medidas destinadas a prevenir y detectar los actos de lavado de dinero.

Gran parte de estas sugerencias fueron asimiladas en el primer instrumento internacional tendiente a la represión global del lavado de dinero, esto es, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena entre los meses de noviembre y diciembre de 1988.

La expresión jurídica internacional que concentra la atención política en la criminalidad organizada transnacional, es ante todo la Convención de Viena de 1988, la cual fue limitada al campo del comercio de droga, y con la cual fue creado un instrumento internacional que pretendía consolidar el derecho penal sustantivo, relativo a los estupefacientes, y la homologación de normas que sancionan el lavado de activos. Esta Convención se propuso, además, incrementar la cooperación judicial internacional y definir los puntos específicos de las medidas relativas a la investigación, como, por ejemplo, las que tienen que ver con el desmantelamiento de redes en el transporte de estupefacientes.

Como apunta Diez Ripollés (1989), la Convención de Viena de 1988 consagra al lavado de dinero, como un delito independiente y asimilable a través de sus formas de realización a una “variedad singular de receptación” (pág. 18), caracterizándose además este cuerpo por un gran casuismo, de influencia anglosajona, lo que ha dificultado en los países cuyo ordenamiento jurídico abrevia en las vertientes del derecho continental (Cruz Ponce, 2017). Sin perjuicio de ello, esta Convención se destaca por haber forjado un paradigma criminológico que incidió decisivamente sobre la forma de abordar este tipo de delitos. De hecho, la subsecuente aparición de instrumentos multilaterales, regionales y bilaterales referentes a esta temática no han

opacado su entidad; por el contrario, replican los elementos punitivos que esta determinó (Cruz Ponce, 2017). Como elemento central, la orientación de la Convención se orientaba al combate contra el tráfico de estupefacientes que, por aquella época, comenzaba a asomar como una gran amenaza de proporciones mundiales. Por ello, el lavado de activos fue inicialmente concebido como una modalidad delictiva prioritariamente destinada a ocultar el producto del narcotráfico.

Superando los límites territoriales de los Estados Unidos, la preocupación mundial por sancionar estas prácticas fue incrementándose hasta su consolidación el 19 de diciembre de 1988 con la celebración de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, denominada comúnmente como Convención de Viena de 1988, en cuyos considerandos expresamente se reconocieron, entre otras cuestiones, “los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados” y “que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad” (párrs. 2y 3).

No obstante, con el transcurso de las décadas, la reforma a nivel internacional del derecho penal y la política criminal fue cada vez más influida por los problemas de las actividades delictivas organizadas, así como la búsqueda de medios eficaces para combatirlas. Esta tendencia fue poniéndose de manifiesto con el desarrollo de diversas medidas de prevención y represión de naturaleza civil, administrativa y penal adoptadas sistemáticamente por la Organización de las Naciones Unidas, la

Organización de los Estados Americanos, la Unión Europea y otras instituciones *supra* o transnacionales, las mismas que fueron incidiendo poco a poco en los sistemas penales de los Estados Miembros.

A partir de la propagación de este fenómeno criminal y en el trayecto de hacerle frente, surgieron ciertas dudas respecto a lo que debía entenderse por criminalidad organizada transnacional, pues del contenido de la Convención de Viena de 1988, esta solo era vinculada con el tráfico ilícito de drogas. Fue luego, con la experiencia obtenida de las investigaciones criminales sobre la materia, que se llegó al consenso de sostener que en la criminalidad organizada de escala internacional se encontraban diversas formas de delincuencia sin fronteras como son la criminalidad económica y ambiental, la trata de seres humanos en sus múltiples variantes, el lavado de dinero, entre otras; pero, a pesar de ello, existe un debate relacionado a la existencia de un claro concepto de lo que debe entenderse específicamente por criminalidad organizada, qué tipo de acciones la constituyen, cómo se presenta su desarrollo y cuál es el potencial de peligro efectivo que ella encierra.

El intenso debate que se relaciona con este tema se centra, sobre todo, en los peligros que se derivan de la criminalidad organizada para la seguridad interna, como también para las sociedades constituidas democráticamente en su conjunto. El debate cada vez más polarizado, según Albrecht (2010), engloba dos posiciones: unos que deploran la tendencia de hacer una política criminal fantasmal, y los que, por el contrario, critican la ligereza que lleva al no tomar en serio los fenómenos criminales y a permanecer fieles a unos principios de derecho que sustraen a la

justicia penal a la posibilidad de enfrentarse con éxito a los nuevos fenómenos de la delincuencia.

Independientemente de estas ideas, la delincuencia organizada transnacional hace referencia al conjunto de comportamientos designados también bajo los conceptos de “criminalidad internacional” o “criminalidad sin fronteras”, expresiones que mejor definen los rasgos generales de la “delincuencia de la globalización” (Silva Sánchez, 1999, pág. 86). Para Albrecht (2010) la criminalidad transnacional está caracterizada por el hecho de que el delincuente aprovecha las oportunidades que se le ofrecen para cometer delitos, transferir bienes ilegales o asumir riesgos no permitidos más allá de las fronteras. Se subraya con esta definición el carácter transnacional de la red criminal, sin referencia a la tipología delictiva. Además, se expresa con este concepto a un sector de la delincuencia que ya no se deja interpretar por medio de los instrumentos tradicionales de la investigación y el análisis criminológico.

La criminalidad organizada transnacional se trata, entonces, de un fenómeno concomitante de las sociedades contemporáneas y su moderna economía, pues los fenómenos criminales que se comprenden bajo el concepto de criminalidad transnacional, no se dejan establecer sin el recurso a un sistema de coordenadas que desde fuera podrían formular las características constitutivas de este modelo delictivo. Las coordenadas de este fenómeno proceden de un conjunto de cuatro conceptos que permiten una clasificación exhaustiva de lo que generalmente puede significar la criminalidad transnacional y las formas que puede adoptar. La primera categoría gira alrededor del mercado y de la ley de la demanda y de la oferta que lo rige. En segundo lugar, la criminalidad transnacional presenta una clara y directa

relación con el fenómeno migratorio y con los factores que se manifiestan en distintas regiones y que se desencadenan la migración. La tercera categoría que se tendría que introducir en el análisis teórico de la criminalidad transnacional, es la de criminalidad organizada. Este concepto “no tiene que ser diluido en la apelación retórica a una vaga e indeterminada amenaza a la seguridad interna, sino que es preciso recurrir a unos planteamientos teóricamente motivados y fundados que permitan seguir diferenciando los rasgos del fenómeno criminal y sobre todo, trascender la motivación inmediata en términos de política judicial y de la reflexión de las dificultades específicas que puedan plantearse en la fase de investigación penal, para ofrecer unas explicaciones de conjunto a partir de las cuales se pueda deducir unas medidas jurídico-políticas apropiadas. Finalmente, el análisis de la criminalidad transnacional tiene que tomar en cuenta la categoría “de las minorías extranjeras y de las minorías étnicas” (Albrecht, 2001, pág. 15).

Con el control jurídico penal de los mercados ilícitos en los cuales ya no existen “víctimas” dispuestas a denunciar y sobre la base de un concepto de criminalidad organizada, en cuyo centro ya no está la persona del delincuente, sino esencialmente relaciones entre personas, a lo que debe sumarse la focalización de los riesgos como puntos de partida para la formulación del derecho penal, han hecho evidente desde hace ya largo tiempo una adaptación y correspondientemente una exigencia de modernización en el derecho penal, procesal penal y policial.

Estando a lo expuesto, el lavado de dinero, como manifestación de la criminalidad organizada, es entendido como el proceso por el que el dinero de origen delictivo es integrado al sistema económico formal, de manera tal que adquiere la apariencia de

haber sido obtenido de forma lícita. Se trata, pues, de un fenómeno criminal de gran complejidad no solo por el carácter transnacional que puede tener, sino también por el proceso que se realiza para dar viso de legalidad al dinero mal habido, valiéndose principalmente de sofisticadas estructuras económicas y financieras para asegurar la rentabilidad de su empresa criminal, lo que les permite disminuir los riesgos de detección por parte de las agencias de aplicación de la ley.

Los niveles alcanzados por este fenómeno ocasionan no solo serios riesgos en la estabilidad macroeconómica, sino también en la administración de justicia; por ello requiere el accionar de las autoridades estatales. En ese sentido, el lavado de activos se posicionó en un lugar prioritario en la agenda global, ya que, al tomar conciencia de los negativos efectos que este produce, la comunidad internacional erigió un sistema de normas y recomendaciones internacionales orientadas a fortalecer las capacidades de los Estados para combatirlo, y potenciar la cooperación internacional de ese ámbito.

Tras la celebración de la Convención de Viena de 1988, y atendiendo a que la experiencia de la comunidad internacional demostró que su alcance resultaba limitado, la criminalización internacional del lavado de dinero fue replicado por medio de la aplicación de medidas de política regional o nacional. Por ejemplo, en el año 1989 se inscribieron las propuestas del Grupo de Acción Financiera sobre Blanqueo de Dinero (GAFI), con el patrocinio del “Grupo de los 7”. Participaron 15 países en la conformación y reuniones de GAFI: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Francia, República Federal de Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, España, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos. (Prado Saldarriaga, 1994).

Una aportación del GAFI estuvo relacionado con la necesidad de ampliar los alcances del delito de lavado. Además, se discutieron opciones de tipificación que posibilira la definición uniforme de los delitos en los ordenamientos jurídico penales de cada Estado parte, así como la creación del Código de Conducta de Basilea que estableció un conjunto de principios éticos en la intermediación financiera, con el apoyo de Asociaciones de Bancos de alrededor de diez países y el patrocinio del Banco Internacional de Ajustes; ello para la Prevención del uso delictivo del sistema bancario para actividades de lavado, participando los siguientes países en las reuniones iniciales: Estados Unidos y Luxemburgo, Reino Unido, Suiza, Italia, Alemania, Bélgica, Canadá, Francia y Japón.

A su turno, a partir de las propuestas contenidas en la Declaración y Programa de Acción de Ixtapa (suscritos en México, el 20 de abril de 1990), la política criminal latinoamericana en materia de lavado fue asumida por la Organización de Estados Americanos. En el referido instrumento se encomendó a la CICAD la formación de un grupo de expertos para elaborar reglamentos modelo a ser adoptados por los Estados, de acuerdo con la Convención de Viena, para:

- Tipificar al lavado de activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas;
- Impedir la instrumentalización de los sistemas financieros para lavar, convertir o transferir activos provenientes del tráfico ilícito de drogas;
- Brindar a las autoridades los medios necesarios para identificar, rastrear, decomisar y confiscar activos provenientes del tráfico ilícito de drogas;



- Restructurar los sistemas legales y reglamentarios, a fin de garantizar que las leyes en materia de secreto bancario no imposibiliten la aplicación efectiva de la ley y la recíproca asistencia legal; y
- Evaluar la viabilidad de informar a los gobiernos nacionales las transacciones mayores de dinero en efectivo y permitir que tal información sea compartida por los diversos gobiernos.

En la actualidad la criminalización primaria y secundaria del lavado de dinero se viene aplicando en los sistemas penales nacionales, a partir de las directrices que, en materia de tipificación, procedimientos de investigación criminal y medidas de carácter procesal o administrativo, se exponen en los siguientes documentos regionales:

- La Convención Europea sobre blanqueo, rastreo, embargo y confiscación de los productos del crimen, del 8 de noviembre de 1990; y,
- El reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, del 23 de mayo de 1992.

Existen similitudes entre ambos instrumentos internacionales en lo que concierne a los estrategias y objetivos esenciales, ya que ambos se inspiran en disposiciones de la Convención de Viena de 1988, además de que procuran desarrollar las alternativas que brinda dicha Convención. Sin embargo, la Convención Europea y el Reglamento Modelo Americano dejan constancia de claras diferencias de alcances político penales y de técnica legislativa. Por ejemplo, cumpliendo las recomendaciones del GAFI, la Convención Europea criminaliza la legalización de

todo acto que provienen de una actividad ilícita. Al respecto, Vervaele (1993) sostuvo que “esta Convención tiene un ámbito mucho más amplio que los delitos vinculados con droga, aunque no se pueda negar que la droga sea el primer objetivo”(pág. 372).

El Reglamento Modelo Americano sanciona, también, al que con "ignorancia intencional" de la procedencia ilícita lleve a cabo alguna de las conductas criminalizadas. Precisamente la expresión que alude al elemento subjetivo no se replica en el dispositivo europeo ni en la Convención de Viena. No obstante, su interpretación en la doctrina norteamericana se decanta por identificarles niveles de responsabilidad culposa. Tales propuestas no tienen, generalmente, el objetivo de sancionar por la sola negligencia. En vez de ello, constituye una respuesta a situaciones en las cuales el conocimiento penal no puede demostrarse, puesto que el actor opta por permanecer deliberadamente ignorante de los hechos que, una honesta persona de negocios investigaría y que, de saberse, demostrarían ilegalidad (De Feo, 1990, pág. 78). Lo confuso del término y de sus desarrollos hermenéuticos en el derecho penal latinoamericano, inclinan a asumir que con él se pretende construir una opción de culpa con representación o de dolo eventual. (Prado Saldarriaga, 1994, pág. 31).

La necesidad de ajustar la legislación interna a los requerimientos que de la multiplicidad de tratados se desprende, esto es, de implementar en el derecho interno sus disposiciones, no está en discusión. La cuestión no es si esto es necesario, sino que hay que ser muy cuidadoso a la hora de interpretar los instrumentos internacionales respectivos, pues estas “obligaciones” pueden ser de

muy diferente intensidad: **solo en contados casos se supone una verdadera obligación modificar el derecho interno para darle cumplimiento** (Matus, 2007, pág. 77).

A continuación, se expone la tipificación del lavado en los documentos internacionales expuestos.

Según el art. 6 de la Convención Europea:

Atendiendo a su derecho interno, cada Estado parte incorporará las medidas legislativas y otras necesarias para otorgar el carácter de infracción penal a los siguientes actos cometidos intencionalmente:

A. La conversión o transferencia de bienes que constituyan el producto de un delito, con el fin de ocultar el origen ilícito de dichos bienes, o de ayudar a toda persona que esté implicada en la comisión de la infracción a escapar a las consecuencias jurídicas de sus actos

B. La disimulación o el ocultamiento de la naturaleza, del origen, de la ubicación, de la disposición, del movimiento o de la propiedad real de bienes y de derechos relativos a tales bienes, de los cuales el autor sabe que constituyen productos del delito;

Y con reserva de sus propios principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su sistema jurídico:

C. La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, que quien los adquiere, los posee o los utiliza sabe al momento de actuar que ellos constituyen productos del delito;

D. La participación en una de las infracciones establecidas conforme al presente artículo, o toda asociación, acuerdo, tentativa o complicidad para proveer de asistencia, de ayuda o de consejos en pos de su comisión.

Por su parte, el Reglamento Modelo Americano define como delitos de lavado a los siguientes comportamientos (art. 2):

1. Comete delito penal la persona que convierta o transfiera bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.

2. Comete delito penal la persona que adquiera, posea, tenga o utilice bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.

3. Comete delito penal la persona que oculte, encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito de drogas o delitos conexos.

4. Comete delito penal, la persona que participe en la comisión de alguno de los delitos tipificados en este artículo, la asociación o la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

Se advierte, pues, que, de las infracciones consideradas en la Convención Europea y en el Reglamento Modelo Americano, se empleó la misma técnica legislativa empleada en la Convención de Viena, representada por fórmulas técnico jurídicas de abundante casuismo y enunciación exageradamente exhaustiva (cfr. Prado Saldarriaga, 1994; Cruz Ponce, 2017). El propósito de no dejar ninguna clase de vacío o espacio al lavado se manifiestan en argumentos y justificación para la amplitud de la tipificación; pero, cabe resaltar que dichas características rodearon por más de seis décadas la descripción del delito de tráfico ilícito de drogas en los Convenios que abordaron este delito. Sin perjuicio de ello, ambos acuerdos regionales propician medidas complementarias que llenan otros espacios relacionados con la eficacia de la criminalización secundaria. Específicamente, establecen disposiciones relacionadas con la intervención del sistema de intermediación financiera y sus órganos administrativos de control en el esquema y aplicación de políticas y medidas de prevención de actos de lavado (cfr. arts. 9 a 17 del Reglamento Modelo Americano). También regula la necesidad de flexibilizar el secreto bancario o de la reserva tributaria en pro de permitir el acceso de los órganos de control penal a datos secretos para lograr detectar operaciones sospechosas con la finalidad de ocultar actos de blanqueo. Por último, se invoca la asistencia judicial internacional por medio de opciones de colaboración para la aplicación del decomiso, actuación de medios probatorios y el intercambio de información del delito.

Desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos internos, la adopción de los acuerdos regionales y otros internacionales (como la Convención de Viena), todavía no es uniforme. En efecto, cada Estado parte utiliza las normas internacionales en

materia de lavado y criminalidad internacional a partir de un enfoque coyuntural y hasta populista. Y lo que viene siendo común, la colaboración internacional se ha quedado generalmente reducida a un intercambio de notas diplomáticas sin diseñarse procedimientos u organismos estrictamente jurisdiccionales, que atiendan en cada país las demandas de existencia judicial mutua (Prado Saldarriaga, 1994).

Si se hace la comparativa con otros países de América Latina se puede advertir un mismo hecho puede tener distinto tratamiento jurídico en países como México, Argentina o Chile, debido a la diferente estructura típica del delito como, también, en la penalidad. Lo mismo ocurre si se realiza la comparativa con sistemas penales de países europeos como España, Alemania, Suiza, Italia o Francia.

Tales diferencias, como sostiene Prado Saldarriaga (1994), en la adopción interna de las recomendaciones internacionales resultan muy negativas para el desarrollo de los fines político-criminales establecidos por la Organización de las Naciones Unidas, por la CICAD o por el Consejo de Europa, que se orientan a crear un espacio mundial de prevención y sanción del lavado de dinero.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, denominada Convención de Palermo, constituye uno de los instrumentos internacionales más relevantes en lo que respecta a la lucha contra el lavado de dinero. Entre sus méritos primarios se encuentra el haber potenciado la figura del lavado de activos, al propiciar la admisión de nuevos delitos precedentes más allá de la frontera del delito de narcotráfico establecida por la Convención de Viena, y ampliar de esa manera su objeto material. Se trata, en definitiva, de la evolución natural de aquella Convención.

En principio, su estructura no abriga muchas alteraciones respecto del estándar internacional preexistente. El eje sobre el que esta Convención se cierne, fundamentalmente, es la noción de “delincuencia organizada”, terminología que se encuentra casi objetivada al determinarse el concepto de “grupo delictivo organizado”, y al calificarse ciertas conductas delictivas atribuibles a dichos grupos (art. 2).

En este caso, el lavado de activos se construye sobre la base de conductas prácticamente similares a las descritas en la Convención de Viena, con la salvedad de que en esta oportunidad la noción de producto del delito captura a los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de cualquier delito, y no solo al narcotráfico (art. 6).

A su vez, la Convención contempla una excepción en cuanto a la necesidad de criminalizar la figura del “autolavado”, al disponer que el delito podrá no ser aplicable a quienes cometan el delito determinante, “si así lo requieren los principios generales de derecho interno del Estado parte en cuestión” (art. 6.2, lit. e). De igual manera, la Convención establece, entre otras cosas, la necesidad de contar con un régimen administrativo preventivo contra el lavado de activos (art. 7), así como también un marco de responsabilidad de personas jurídicas que participen en tales delitos (art. 10), y un sistema de decomiso del producto del delito o bienes de valor equivalente (art. 12).

Años más tarde, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción también denominada Convención de Mérida”, constituye un antecedente de peso significativo en lo que respecta al combate al lavado de activos, si bien su objeto principal se

orienta al combate efectivo contra la corrupción. Este instrumento fue fruto de arduas y extensas negociaciones entre los diferentes Estados que participaron de su elaboración, dada la complejidad de la temática y las múltiples inquietudes emergentes al momento de discutir la forma más conveniente de abordarla.

La Convención de Mérida fue complementaria de la Convención de Palermo, que había entrado en vigor apenas un mes antes de su aprobación, e introduce sendas disposiciones tendientes al refuerzo de los regímenes jurídicos de los Estados en materia de anticorrupción, enfatizando la relación existente entre este tipo de criminalidad y el lavado de activos, con un fuerte foco en las medidas y acciones para el recupero de los activos delictivos.

En lo concerniente al lavado de activos, la Convención contiene una regulación más detallada que los instrumentos predecesores. Como elemento distintivo, la Convención aborda este fenómeno también desde una perspectiva extrapenal al demandar de los Estados no solo la tipificación penal de ciertas conductas de lavado de dinero, sino también la incorporación de acciones de índole preventiva y administrativa (cfr. art. 14 incs. 1, 2 y 3 de la Convención).

Por otra parte, la Convención reclama en su art. 23 la tipificación penal del delito de lavado de activos con una redacción prácticamente similar a la empleada en sus predecesoras, las convenciones de Viena y de Palermo, si bien se esfuerza en dotar al delito de una mayor autonomía, toda vez que se prevé su tipificación diferenciada respecto del delito de encubrimiento (art. 24).



Como ha podido advertirse, la comunidad internacional ha dedicado notables recursos para reprimir y sancionar el lavado de activos, que se reflejan en el progresivo diseño e implementación de un marco global de prevención y represión, lo que naturalmente despertó el interés de actores relevantes por desentrañar la magnitud del fenómeno.

Una de las primeras estimaciones sobre la envergadura mundial del lavado de activos fue conducida por el criminólogo John Walker, quien diseñó un modelo de cuantificación denominado *gravity model*, mediante el cual se determinaba en primer lugar el monto del producto del delito según el tipo de crimen y en cada país, y posteriormente la proporción que finalmente resultaba lavada. Este esquema “fue empleado por primera vez en 1995 y sugirió que el monto del lavado de activos a nivel global ascendía a 2.85 trillones de dólares” (Cruz Ponce, 2017, pág. 287). Desde entonces, el interés por develar las ingentes cifras del lavado de activos en sintonía con la economía global también se hizo presente en las organizaciones internacionales. En este sentido, en 1998, Michel Camdessus, representante del Fondo Monetario Internacional (FMI), manifestó que el monto del lavado de activos global oscilaría entre cifras del 2 y el 5 % del PBI (Prado Saldarriaga, 1994).

Esta aseveración no tardó en ser replicada por diversas organizaciones internacionales abocadas al estudio de la temática, como el Grupo de Acción Financiera que pronto se volvió una referencia obligada al momento de evaluar el impacto del lavado de activos en las finanzas internacionales, pese a que el método en el que se basó el organismo para arribar a tales dígitos no ha sido acabadamente especificado.

## CAPITULO IV

### LA INCORPORACION Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

#### 4.1. Directrices internacionales

Consideramos que es preciso comprender la incorporación del delito de lavado de activos en nuestro país desde las fuentes internacionales como los tratados y recomendaciones de organismos internacionales creados para solventar políticas criminales preventivas y represivas contra el lavado de dinero. Asimismo, es necesario desarrollar la evolución que ha sufrido la legislación desde su incorporación y sanción en la legislación penal.

La incorporación por medio de una ley penal especial del lavado de activos se dio ante la necesidad generada a partir de una política criminal fallida: en el año 1980 la política internacional antidrogas, impulsada por los Estados Unidos, entró en crisis ante el aumento del consumo y venta de drogas y la aparición de nuevos mecanismos para llevar a cabo las transacciones detrás de esta actividad, por lo que se replanteó el paradigma de los delitos transnacionales (tráfico de drogas, armas, personas, etc.).

En dicho contexto, probar los actos delictivos del narcotráfico era mucho más complejo que probar los rastros que dejaban sus operaciones o transacciones. Ante esto, se dieron instrumentos internacionales en los que se estableció que las mafias operaban bajo organizaciones criminales y que precisamente sus ganancias constituían su punto débil (Abanto Vásquez, 2015). Además, se partieron de nuevos

presupuestos, como el encubrimiento de los actos delictivos bajo negocios lícitos: compras inmobiliarias, hostales, casinos, actividades financieras, entre otros; y la complejidad de las organizaciones que realizan los actos delictivos (cuyos colaboradores podrían pertenecer al sector formal o lícito).

El lavado de activos se perfila en los siguientes instrumentos del Derecho internacional público: El primero de ellos es la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del año 1988, denominada comúnmente como **la Convención de Viena de 1988**. Lo peculiar de este instrumento es que se enfoca en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y no directamente en el lavado de activos. No obstante, establece el deber de sancionar el delito doloso de lavado de dinero, y brinda cierto esbozo del tipo a implementar en la que se distinguen tres procesos: conversión y entrega de bienes de origen ilícito (tráfico de drogas), ocultación y encubrimiento del origen de estos bienes, y la adquisición y utilización de dichos bienes. Asimismo, se le da importancia a la cooperación internacional en lo que respecta al sistema bancario.

**Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI)**. Este instrumento tiene el mismo enfoque que la Convención de Viena, con la salvedad de que extiende el número de penas anteriores a quien tenga vínculos con el tráfico de drogas o sean sumamente grave. Lo distinto en este documento es que implementa la responsabilidad penal de entidades (personas jurídicas) y brinda lineamientos sobre las actuaciones en el sector financiero con el objeto de identificar y prevenir las operaciones sobre lavado de dinero. Existe una versión sudamericana del GAFI, llamada GAFISUD que es también miembro asociado de este. Dicho organismo nace

en el año 2000 y está conformado por países de Sudamérica, entre los que Perú forma parte, Centroamérica y México. Este organismo reconoce las 40 recomendaciones de GAFI.

Por su parte, las 40 Recomendaciones presentaron ciertas modificaciones de acuerdo con las nuevas necesidades que se fueron suscitando. Entre ellas tenemos la versión de 1996 que implementó un catálogo de delitos previos relacionados con delitos graves además del narcotráfico. Luego, en el año 2001, se emitieron nueve propuestas, entre ellas destaca la propuesta de tipificar los delitos previos a aquellos relacionados con el terrorismo. Se refuerzan también los mecanismos de cooperación y las acciones o medidas coercitivas como el decomiso y congelamiento de cuentas. En la versión del año 2003 se recomienda la tipificación de cualquier delito previo siempre que mantengan la conexidad con conductas graves; esto es, que sean delitos con una pena superior a un año y medio. En el año 2012 el GAFI ordena las recomendaciones haciendo una síntesis de estas y orientándolas a la comprensión del hecho delictivo previo y los métodos para contrarrestarlo.

**El Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, del año 1992.** Fue elaborado por un grupo de expertos reunidos por la Comisión interamericana para el Control del uso de Drogas (CICAD, 1990), comisión perteneciente a la OEA. Este instrumento fue emitido por la Asamblea General de la OEA en el año 1992. También cuenta con versiones posteriores de los años 1997, 1998, 2002, 2004 y 2005. Su texto es de mucha importancia ya que recoge los principales lineamientos de la Convención de Palermo del 2000. Lo novedoso es que admite el dolo eventual (ignorancia

intencional) y la culpa (infracción del deber de conocimiento) como estándares de conocimiento.

**Las Directivas de la Unión Europea.** Actualmente cuenta con cuatro directivas. La Primera, perteneciente al año 1991, definía y tipificaba el lavado de dinero en los mismos términos de la Convención de Viena con la particularidad de que se deja a los Estados miembros la inclusión de otros delitos anteriores además del negocio ilícito de estupefacientes. En la Segunda Directiva, del año 2001, ya se amplía la lista de delitos previos considerados según su gravedad y se incorporan tanto a las personas naturales como jurídicas obligadas a informar además de las entidades bancarias. En el año 2005 se aprueba la Tercera Directiva que adecúa las recomendaciones del GAFI en diez, referida al financiamiento de grupos terroristas y la obligación de crear Unidades de Inteligencia Financiera. Finalmente, en el año 2015 se aprueba una Cuarta Directiva con el fin evitar el aprovechamiento del sistema financiero para el lavado de activos o financiamiento del terrorismo, que deroga la Tercera Directiva del 2005. Incluye los siguientes cambios: incorporación del delito de fraude fiscal como delito previo al blanqueo de dinero, enlistar a los países con alto nivel de riesgo, implementación de un registro con titulares reales, establecimiento de sanciones a entidades obligadas, entre otros.

#### **4.2. Adaptación de las exigencias internacionales a la legislación nacional**

Al aprobarse en diciembre de 1988 la Convención de Viena, el Perú iniciaba una etapa decisiva del proceso de sustitución del Código Penal de 1924 (Código Penal de Maúrtua). En dicha época también el delito de tráfico ilícito de drogas estaba

incorporado en la legislación especial a través del Decreto Ley N.º 22095, pasible de constantes modificaciones, “destacando por su importancia para la descripción de las figuras delictivas la modificación introducida con el D. Leg. N.º 122 en el año 1981”. (Prado Saldarriaga, 1988, pág. 394). Ahora bien, debido a que la legislación nacional sobre control de drogas se adscribía a los postulados del denominado modelo psicosocial de intervención (Prado Saldarriaga, 1992), y al hecho político que la Convención de Viena se hallaba aún pendiente de aprobación en el Parlamento, los proyectos del Código Penal de 1990 y de enero de 1991, no incorporaron en su articulado disposiciones que criminalizaran el delito de lavado de activos.

No obstante, con la vigencia del Código Penal de 1991 se fueron creando las condiciones para la incorporación en el ordenamiento jurídico penal del delito de lavado de activos. Es así que este delito se introdujo por primera vez por el D. Leg. N.º 736 el 12 de noviembre de 1991, inspirado en la ley argentina sobre la materia, y estuvo recogido en los artículos 296-A y 296-B del reciente Código Penal de 1991. El artículo 296-A del Código Penal sancionaba los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, en tanto que el artículo 296-B del mismo texto, penaba el lavado de activos a través del sistema financiero o a través de la repatriación de capitales. Estos artículos, a su vez, fueron derogados por la Ley N.º 25399 el 10 de febrero de 1992, y mediante la Ley N.º 25404 el 26 de febrero de 1992 el lavado de activos se convirtió en una circunstancia agravante del delito de receptación (art. 195 del Código Penal). Esta figura tampoco tuvo trascendencia en nuestra legislación pues, al poco tiempo, la Ley N.º 25428 del 11 de abril de 1992 la derogó y puso en vigencia nuevamente los

artículos 296-A y 296-B en el Código Penal con similar redacción a la prescrita por el D. Leg. N.º 736. Las posteriores reformas del artículo 296-B por la Ley 26223 (21/08/21993) y la Ley 27225 (17/12/1999) no cambiaron su sistemática (Caro Coria, 2013).

La Ley N.º 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, del 27 de junio de 2002 adoptó varias directrices del Anteproyecto publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de junio de 2001, aunque se terminó incorporando una ley penal complementaria, evitando con ello la discusión sobre aspectos relacionados al bien jurídico protegido y su ubicación sistemática en el Código Penal. En ese sentido, en el artículo 1 se tipificaron las conductas de conversión y transferencia, en tanto que las conductas de ocultamiento y tenencia en el artículo 2. Las circunstancias agravantes en el artículo 3, así como la omisión de reporte de operaciones dudosas en el artículo 4. Asimismo, en el artículo 5 del mismo cuerpo se regularon directrices procesales de investigación respecto al levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil, y disposiciones concernientes a la variedad de delitos fuente, y su autonomía frente al delito de lavado de activos, el llamado “autolavado” en el artículo 6 y los límites y prohibiciones para obtener beneficios penitenciarios en el artículo 6. Por último, las reformas de la Ley N.º 28355 (2004), Ley N.º 28950 (2007) y D. Leg. N.º 986 (2007) no modificaron sustancialmente la estructura de la Ley 27765. (Caro, 2013).

En el año 2012 se promulgó el D. Leg. N.º 1106 denominado, “De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado” que extrae del Código Penal el delito de lavado de activos, obteniendo

así una regulación especial con los principios procesales y penales contenidos en el Código Penal.

Páucar Chappa (2012) afirma que dicha norma revierte el delito de lavado de dinero a la forma de los delitos de peligro, tal como lo fue originalmente, y se aparta de manera radical del modelo de los delitos de resultado. Así, del texto del artículo 2 de la Ley N.º 27765, que condicionaba el acto o conducta al acto de dificultar la identificación del origen, la incautación o decomiso de este, se debía verificar este resultado que consistía en la maniobra de obstruir la identificación y las medidas sobre los bienes.

Por otro lado, con este dispositivo normativo se aclaró la confusión dogmática que existía respecto a la posibilidad de la comisión del delito de lavado de activos en modalidad culposa, dado que la norma anterior hacía referencia a “o puede presumir”, cuando en realidad siempre se ha tratado como una conducta que se lleva a cabo a través del dolo eventual. Ello se solucionó con el Decreto Legislativo N.º 1106, en los artículos 1, 2 y 3 que desarrollan la realización del tipo mediante dolo eventual usando correctamente el verbo rector compuesto “debía presumir”, es decir, abarca la representación del peligro para el sujeto activo, como la asunción del riesgo por este (Páucar Chappa, 2012).

No obstante, el Decreto Legislativo N.º 1106 conservó parte de la estructura de la Ley N.º 27765, así como su carácter sistemático e integrador. Incluyó disposiciones penales, procesales y de ejecución penal.

Prado Saldarriaga (2013) identifica la siguiente estructura normativa:



- Normas penales. Disposiciones sobre tipificación y sanción de los actos punibles. Comprende los artículos 1 al 9.
- Normas procesales. Disposiciones sobre la investigación y juzgamiento del delito, así como la actividad probatoria. Comprende los artículos 7 y del 10 al 17.
- Normas de ejecución penal. Referidas al régimen de cumplimiento de penas y aplicación de beneficios penitenciarios. Comprende el artículo 11 del Decreto Legislativo.

Luego, el D. Leg. N° 1249, denominado "Decreto Legislativo para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo" modificó los artículos 2, 3 y 10 del D. Leg. N° 1106 en los siguientes extremos: En el artículo 2 especifica las acciones típicas de "adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder" dinero, bienes, efecto o ganancias de origen ilícito. En el tercer artículo sanciona el transporte o traslado, por todo el territorio nacional, así como el ingreso y salida de este, de dinero o instrumentos financieros negociables emitidos al portador cuyo origen ilícito conozca el agente o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación, incautación o decomiso.

En el artículo 10, para un sector importante de la doctrina, se enfatiza aún más el carácter autónomo del delito de lavado de activos al establecer que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron los activos hayan sido descubiertos, investigados, procesados, sean objeto de prueba o incluso condenado.

Así, la actual redacción del art. 10, modificado por el D. Leg. N.º 1249, referido a la autonomía del lavado de activos y otro, establece expresamente que:

(...) 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.

Previamente a la modificación que introdujo el D. Leg. N.º 1249, se establecía con una regulación similar únicamente referida a la investigación o procesamiento por el delito de lavado de activos, pero no para la sanción penal por este delito. Excluyéndose de sus alcances la sanción penal por lavado de activos, el antiguo artículo 10 estableció que:

(...) el lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria.

Esta diferencia de regulación es determinante para responder qué se debe entender por autonomía del delito de lavado de activos, la cual está referida exclusivamente a su delito fuente o precedente, es decir, la vinculación que debe existir o no entre

ambos delitos, tanto para efectos de la investigación y procesamiento, así como para efectos de la sanción penal que corresponda.

La autonomía del delito de lavado de activos va más allá del estándar probatorio del delito precedente, la autonomía de este delito responde a otras cuestiones mucho más problemáticas, como la razón de ser y finalidad de este delito, aunque siempre respetando los límites de la interpretación dogmática desarrollada y reconocida hasta la actualidad.

#### **4.3. La autonomía del delito de lavado de activos a la luz de la legislación penal**

La tan mencionada autonomía del lavado de activos fue abordada a través del artículo 6 de la Ley N.º 27765, según el cual: “En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria”. La referida fórmula legal fue blanco de serias objeciones por razones más que claras: la inexistencia del delito previo podía conducir a arbitrariedades a gran escala como la imposición de sentencias condenatorias sin la previa acreditado del origen ilícito de los bienes (elemento fundamental en la estructura típica del lavado de activos). Por ello se llegó a proponer, en atención a la garantía constitucional del debido proceso en sus manifestaciones de presunción de inocencia y el derecho de defensa, “que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse”. (Bramont-Arias Torres, 2002, pág. 64).

A esta interpretación se agregaron las contribuciones provenientes de la doctrina penal española, en el extremo de la ausente necesidad de acreditar todos los elementos del delito previo, sino solo advertir que la conducta generadora de los bienes sea típica y antijurídica, es decir, la existencia de un injusto penal, lo que ha venido a identificarse como la teoría de la “accesoriedad limitada” entre el delito previo y el lavado de activos, o la “relación de integración” porque el hecho previo es solo un elemento que complementa o se integra al tipo de lavado.

En ese sentido, corresponde preguntarse si la configuración normativa actual del delito de lavado de activos lo concibe como un delito autónomo o no. Para dar respuesta a esta interrogante, sirven de apoyo tres piezas clave de la interpretación dogmática: la voluntad del legislador, la doctrina especializada y la jurisprudencia sobre la materia.

En la Exposición de Motivos del D. Leg. N.º 1249, en relación a la modificación del art. 10 del D. Leg. N.º 1106, se señala textualmente:

Por otro lado, en el artículo 10 del D. Leg. N.º 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.

Se puede observar entonces que la voluntad del legislador es claramente la afirmación de la autonomía procesal y sustantiva del delito de lavado de activos; es decir, en términos más sintéticos, se postula la autonomía absoluta del delito de lavado de activos.

Sin embargo, la actual regulación del art. 10 del D. Leg. N.º 1106, interpretado sistemáticamente con los demás artículos de dicho cuerpo legal especial, permiten sostener que la disposición legal no expresa la voluntad del legislador, por lo que, en todo caso, se estaría en una deficiente técnica legislativa, como se podrá advertir en el desarrollo del presente estudio.

#### **4.4. Tratamiento jurisprudencial del delito de lavado de activos**

A partir del I Pleno Jurisdiccional Casatorio sobre Lavado de Activos, dicho tipo penal asumió un nuevo y único rumbo en su aplicación debido a su surgimiento como producto de la constante discusión y debate entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, a cuyo escenario se sumaron posiciones doctrinarias en su mayoría de quienes ejercen la defensa técnica. Si bien los puntos planteados para el desarrollo del Pleno Casatorio reflejan una serie de problemas, también es cierto que tampoco resultaban novedosas. Sin embargo, eran de imperiosa necesidad, más aún, si puso en el centro del debate diversas posiciones que venían asumiendo los operadores jurídicos, entre otros, sobre la autonomía del delito previo.

Respecto a la gravedad del delito previo u “origen ilícito” (redacción empleada en el mismo D. Leg. N.º 1106), se ha asumido sin mayores dudas que, en la propia

redacción del art. 10 del D. Leg. N.º 1106, se establece qué clase de delitos son aquellos con capacidad de generar ganancias ilícitas. No obstante, un sector aún renuente ha estimado que la gravedad podría ser tomado en cuenta de forma secundaria. Independientemente de esto, está claro el listado en *numerus apertus* de los delitos previos con capacidad de generar ganancias ilícitas, razón por la cual se estima poco relevante abordar este extremo, al menos en el presente trabajo.

Respecto a los demás temas abordados en el Pleno Casatorio, se pretende evidenciar la postura particular desde un plano estrictamente normativo investido de razones jurisprudenciales y dogmáticas, con la finalidad de aportar algunas ideas en el escenario conflictivo. En ese sentido, de la mano con la jurisprudencia, se desarrollarán los aspectos sustantivos relacionados al origen ilícito como elemento normativo del tipo penal y el análisis y determinación de la autonomía del delito de lavado de activos:

La Casación N.º 92-2017, puso en debate la determinación y comprensión del elemento normativo del tipo penal de lavado de activos, lo que evidenció las existentes contradicciones jurisprudenciales, convocándose de manera imperativa al Pleno Casatorio a fin de uniformizar la jurisprudencia en aras de garantizar la predictibilidad jurídica y evitar arbitrariedades, antes de desarrollar criterios que pretendan hacer frente a la impunidad.

De manera acertada, en la Casación en comento, se tomó posición sobre una cuestión fundamental y definitoria en el delito de lavado de activos; esto es, el papel que desempeña el denominado “delito fuente” (Considerando Décimo Séptimo y siguientes). En efecto, se empieza señalando que, a partir de la propia estructura de

la Ley de Lavado de Activos, se desprende que el delito fuente o delito previo cumple una triple función dogmática: i) Otorga contenido al objeto material del delito: debe tratarse de activos de origen ilícito; esto es, provenientes, necesariamente, de un delito fuente; ii) da sentido a la imputación subjetiva: el agente debe conocer la procedencia delictiva de los activos; y, iii) justifica la agravante de la pena: la pena se incrementa a veinticinco años de pena privativa de libertad cuando el delito fuente es la minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el secuestro, la extorsión o trata de personas.

A partir del reconocimiento de este triple pilar dogmático, la Casación 92-2017/Arequipa, pone énfasis en que el postulado recogido en el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, dictado durante la vigencia del D. Leg. N° 986, respecto a que: “el delito fuente (...) es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad” (Fundamento Jurídico 5.32), sigue vigente y, por tanto, es concordante con el D. Leg. N.° 1106. Este criterio, sin embargo, fue criticado por un importante sector del Ministerio Público, quienes alegaron que tal criterio jurisprudencial resultaba contradictorio con lo expuesto en sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de la República. Para ello señalaron como ejemplo las Ejecutorias dictadas en los R. N: N° 2071-2011/Lima, 4003-2011/Lima, 244-2013/Lima y 399-2014/Lima.

Sin embargo, del análisis de dichos pronunciamientos, no se advierte contradicción alguna con la Casación N.° 92-2017-Arequipa, pues en ninguna de las sentencias mencionada por el Fiscal se afirma que el delito fuente no constituye un elemento objetivo del tipo que impregna de ilicitud a los bienes objeto material del delito.

Para tal efecto, se analiza cada uno de dichos recursos de nulidad invocados:

- Recurso de Nulidad N.º 2071-2011-Lima, del 6 de diciembre de 2012, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Uno de los argumentos invocados por el Ministerio Público para fundamentar su recurso de nulidad fue, paradójicamente, que el delito de lavado de activos tiene como origen la comisión de un delito fuente, esto es, que el lavado de activos tiene como antecedente necesario la comisión de un ilícito penal generador de ganancias ilegales, lo que motiva a asumir la necesaria conexión entre el delito previo y el delito de lavado de activos, lo que implica estimar al delito fuente como un elemento objetivo del tipo penal (del lavado). Por lo que, la prueba del origen ilícito constituye una condición para establecer la tipicidad del lavado de activos. (cfr. Fundamento jurídico Séptimo).

Como se observa, no existe contradicción alguna entre esta ejecutoria suprema y la Casación N° 92-2017/Arequipa. En la primera, la *questio iuris* se refiere a que no necesariamente el delito fuente debe consumarse con anterioridad al acto de lavado (considerando Noveno, lit. e), en concordancia con lo señalado en el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116, no existiendo punto de contradicción con la Casación N° 92-2017.

- Recurso de Nulidad N.º 4003-2011-Lima, del 8 de agosto de 2012, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En esta resolución se hace un análisis solo respecto a la autonomía procesal del lavado de activos. En efecto, en el Fundamento Jurídico Cuarto se expone que el lavado de



activos es un delito autónomo respecto a cualquier otro, por lo que para su investigación no se requiere que estos estén sometidos a investigación, proceso o hayan sido objeto de sentencia condenatoria; bastando para su acreditación que se determine una vinculación “razonable” entre los activos materia de lavado con el delito previo.

En el Considerando Quinto, se señala:

(...) resulta de vital importancia determinar la naturaleza o condición del delito fuente o delito previo al delito de lavado de activos; es decir, del delito del cual proviene los activos ilícitos. Así, el artículo seis de la Ley número 27065, establece un catálogo abierto de delitos de los que deben provenir los activos materia del blanqueo.

Finalmente, se concluye de manera rotunda que:

Si bien es necesario que para la configuración del delito de lavado de activos, quede establecido el delito que origina el mismo, pues la naturaleza de este delito -que origino incluso su criminalización- es la de combatir los actos que dificultan la judicialización de los delitos precedentes así como los que perjudican al sistema económico del Estado (...); sin embargo, (...) no hace falta, aunque haya quedado establecido, con seguridad rayana en la certeza, el delito precedente, pues para la investigación es necesario únicamente que existan indicios

reveladores que vinculen al procesado con el delito precedente.

(Fundamento Jurídico Sexto).

- Recurso de Nulidad N° 2444-2013/Lima, del 9 de diciembre de 2014, Sala Penal Transitoria.

En esta ejecutoria suprema se emite un pronunciamiento sobre la misma cuestión vista en el R. N. N° 2071-2011/Lima, del 6 de diciembre de 2012, Sala Penal Transitoria; esto es, que el lavado de activos puede ser posterior de los activos ilegales (Fundamento Jurídico Quinto), en concordancia con lo ya señalado en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ- 116.

- Recurso de Nulidad N° 399-2014/Lima, del 11 de marzo de 2015, Sala Penal Permanente.

Esta ejecutoria suprema solo hace referencia a la autonomía procesal del delito de lavado de activos, en los siguientes términos: “(...) en esta clase de delito no se requiere de una decisión judicial que involucre al procesado en el comportamiento subyacente (delito previo o delito fuente), porque el delito previo puede ser cometido por tercero y no necesariamente, por el lavador de activos (...)”. (Fundamento Jurídico Quinto).

Se puede observar entonces que ninguna de las ejecutorias supremas de los recursos de nulidad antes expuestos, y que fueron utilizados para solicitar la realización del Pleno Casatorio, contienen una interpretación distinta de los artículos 1, 2 y 3 del D. Leg. N.º 1106. Entonces, no existiendo discrepancia de criterios entre dos sentencias casatorias vinculantes, carecía de objeto la convocatoria a dicho Pleno Casatorio. Es más, puede decirse que a pesar de conocerse la ausencia de contradicción entre los pronunciamientos y la Casación 92-2017, en la intervención oral del Pleno, no se hizo referencia a ninguno de los mencionados recursos de nulidad, sino que se basaron sus argumentos en una supuesta contradicción con el R. N. N.º 2868-2014-Lima.

Sin embargo, de la revisión de los fundamentos jurídicos de este recurso de nulidad, tampoco se aprecia contradicción alguna con la Casación N.º 92-2017-Arequipa.

En el Recurso de Nulidad N.º 2868-2014-Lima, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, también se reconoce que el delito previo es claramente un elemento objetivo del tipo penal del lavado de activos, pues el ponente de dicho pronunciamiento señaló lo siguiente:

En el presente caso, se atribuyen actos de lavado de activos -de una precedente actividad de tráfico ilícito de drogas- que ocurrieron con anterioridad, mayormente desde marzo de mil novecientos noventa y cinco hasta mayo de dos mil ocho. Como cuadro fáctico antecedente, la acusación fiscal hace mención a la actividad de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas que fue intervenida por la Policía y la Fiscalía en dos oportunidades: a) en abril de dos mil cinco, y

b) en octubre de dos mil siete: el total de droga incautada en ambas ocasiones alcanzó un aproximado de dos mil ochocientos kilogramos de clorhidrato de cocaína. Además, respecto del encausado (...) se mencionó su involucramiento en actividades de tráfico ilícito de drogas desde antes del año mil novecientos noventa y tres y con requisitorias por los Juzgados Penales de Huaraz y Huacho; incluso fue detenido y procesado en Chile el seis de junio de dos mil tres por esa misma actividad delictiva. (Considerando Noveno).

Si bien en el fundamento jurídico décimo de la misma ejecutoria se sostiene que el lavado de activos “es un delito autónomo de aquel al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada”, no se hace referencia a una autonomía sustantiva, sino a una autonomía procesal, al señalarse que:

[N]o requiere [para el lavado de activos], que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y su correspondiente sanción penal -no se exige siquiera una condena por la actividad delictiva antecedente, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva (...). Tales activos, constituyen, en el delito de lavado de activos, un elemento normativo del tipo, siendo de aclarar, que, en pureza, elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados -el tipo penal de lavado de activos no sanciona un acto generador de activos y el posterior proceso

de lavado de esos activos; lo único que castiga es el acto de lavado (García Caveró, 2015, pág. 576).

Dicha actividad, en cuanto conducta típica y antijurídica (injusto penal, no injusto culpable) -es decir, que no es necesario que concurra también la culpabilidad del agente- está referida a delitos con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos de receptación (en esta causa, el delito de tráfico ilícito de drogas), legalmente sancionados cuando se produce el acto de lavado de activos. La relación entre la actividad delictiva procedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una imputación objetiva (Caro Coria, Reyna Alfaro, Reátegui Sánchez, 2016, pág. 663).

Como se desprende de la Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2898- 2014- Lima: “el elemento típico no es el delito previo, sino la procedencia delictiva de los activos lavados” (Fundamento 10.3). No obstante, ello no significa una contradicción con el fundamento jurídico décimo séptimo mencionado en la Casación N.º 92-2017- Arequipa, pues, si se revisa la jurisprudencia, esta utiliza el término “delito fuente” como sinónimo de “origen ilícito” o de “procedencia delictiva”. Al utilizar el término “delito fuente”, la jurisprudencia no pretende dar a entender que el delito de lavado de activos es un delito hipercomplejo (en el cual hay que probar el hecho generador de las ganancias como hecho típico, antijurídico, culpable), sino que se

refiere, simplemente, a un hecho típico y antijurídico generador de las ganancias, ya sea mediante el término “delito fuente”, “origen ilícito” o “procedencia delictiva”.

En la Casación N.º 92-2017, al utilizarse el término “delito fuente” se siguió la misma terminología empleada en el fundamento 32 del Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116: “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”; lo mismo que en el Recurso de Nulidad N.º 2868-2014-Lima; esto es, de la actividad delictiva previa de los activos lavados, entendida como “conducta típica y antijurídica, que, tanto en el Recurso de Nulidad N.º 2868-2014-Lima (cfr. FJ 10.3), como en la Casación N.º 92-2017-Arequipa, constituye un “elemento normativo del tipo”.

Un aspecto interesante a mencionar es que, tanto en el Recurso de Nulidad N.º 2868-2014-Lima, como en la Casación N.º 92-2017-Arequipa, se cita al Acuerdo Plenario N.º 3-2010, por lo que en ambos pronunciamientos se reconoce su plena vigencia. Es más, se utilizan las mismas citas bibliográficas de García Caveró y Caro Coria, por lo que se supone que ambos pronunciamientos siguen una misma línea de pensamiento dogmático. En consecuencia, el “delito fuente”, “delito previo” o “delito determinante”, según la jurisprudencia peruana, no es un concepto contradictorio al de “origen ilícito” o “procedencia delictiva”.

De lo expuesto, se desprende que el delito fuente utilizado en la jurisprudencia como sinónimo de “origen ilícito”, “delito fuente”, “delito previo”, sigue siendo un elemento del tipo objetivo del delito de lavado de activos; ello a pesar que en la primera parte de la referida sentencia plenaria se pretenda plasmar una “autonomía absoluta” del

delito de lavado de activos, lo cual, no obstante, contradictoriamente, es negado en la propia Sentencia Plenaria Casatoria. Así, se señala:

Debe acreditarse en el delito de lavado de activos, entre otras exigencias típicas, **el origen ilícito** del dinero, bienes, efectos o ganancias o del dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” (artículo 3); esto es, propiamente, de los activos (que tienen su origen en actividades criminales antecedentes), respecto de los cuales el sujeto activo conoce o debía presumir su ilicitud. (Fundamento jurídico 19).

En consecuencia, la discusión generada por el Ministerio Público, y finalmente avalada por los jueces ponentes de la Corte Suprema, ha estado referida a una cuestión puramente semántica: “delito fuente”, “origen ilícito” o “procedencia delictiva”. Pero a nivel jurisprudencial, sin embargo, todos aquellos términos han tenido un mismo significado: la existencia de un hecho, típico, antijurídico previo, generador de ganancias.

En realidad, es la propia Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, la que genera una confusión, al hablarse de “autonomía absoluta” del delito de lavado de activos, lo cual es contrario, no solo al sentido común, sino a la naturaleza dogmática del delito de lavado de activos como delito de conexión. Por ello la propia Sentencia Plenaria, en la segunda parte, se encarga de corregir el error (ver Fundamento jurídico 19).

## **CAPÍTULO V**

### **LA DISCUSIÓN SOBRE LA AUTONOMIA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA DOCTRINA NACIONAL**

En nuestro país, la autonomía de delito de lavado de activos ha concentrado, por muchos años, una discusión desde la antigua Ley N° 27765 hasta el vigente D. Leg. N.° 1106 modificado a través del D. Leg. N.° 1249, lo cual obligó al legislador a considerar al art. 10 del referido D. Leg. N.° 1106 como el dispositivo normativo encargado de reconocer una presunta autonomía del delito de lavado de activos. En el plano internacional, si bien se desprende esta autonomía como tipo penal exigido para su tipificación en diversos países, de ninguna manera reconocía o distinguía sus supuestas tipologías (sustantiva, procesal, mixta, entre otras), de tal forma que ningún instrumento internacional o normativa interna hacía una distinción de la autonomía, siendo principalmente la doctrina que se encargaría de distinguir las supuestas y diversas clases de ésta.

Al respecto, existen en la actualidad dos posturas antagonistas sobre la autonomía del lavado de activos: la tesis sobre la autonomía procesal y la tesis sobre la autonomía material o sustantiva. Ambas posiciones parten de una interpretación sobre los instrumentos públicos internacionales expuestos en el capítulo anterior, y la doctrina internacional, especialmente española, sobre la materia.

En términos generales, la tesis de la autonomía sustantiva o material postula que para la configuración del delito de lavado de activos en sus diversas modalidades o etapas de ejecución no es necesario que el agente haya sido condenado por la realización de un delito previo o fuente. Este delito previo, por tanto, no es objeto de



prueba en un proceso sobre lavado de activos. Por su parte, la autonomía material implica una autonomía mucho más fuerte ya que el “delito fuente” ni siquiera tiene incidencia referencial. Esta tesis ha presentado matices o versiones con respecto a si el “delito fuente” es un elemento normativo del tipo penal o una condición objetiva de punibilidad.

En armonía con lo establecido en el D. Leg. N.º 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el delito de lavado de Activos, la Corte Suprema de Justicia a través del Acuerdo Plenario N.º 3-2010, sobre la autonomía procesal del lavado de activos, afirma:

La vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente, no puede supeditarse a la estricta aplicación de la regla de la accesoriadad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado. (En ese sentido, no es necesario) que conste acreditada la comisión (del delito fuente) mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva.

Se advierte, en los fundamentos de dicha doctrina legal, que la Corte Suprema de Justicia de la República se refirió únicamente a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos, por cuanto una vinculación total sería la paralización del proceso por lavado, lo que hasta la acreditación definitiva del delito previo llevaría a la impunidad práctica del primero. Este acuerdo plenario manifiesta, en su fundamento

5.32, 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”.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N.º 7-2011 complementa el Acuerdo Plenario N.º 3-2010, al abordar problemas sobre el lavado de activos, su comprobación y las medidas de coerción. En efecto, ahonda en tres tópicos medulares sobre el delito objeto de estudio: el “delito fuente”, su agotamiento, y las medidas coercitivas de naturaleza real a imponerse. En efecto, respecto al delito previo o delito fuente, se señala que los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia tienen una autonomía de naturaleza típica y momentos consumativos distintos. Siendo que las etapas de conversión y transferencia son de consumación inmediata, mientras que en las etapas de ocultamiento y tenencia se presenta una consumación continua. Concluye determinando que, dadas las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de activos (posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente), “no da cabida a la exclusión *a priori* de una investigación por lavado de dinero ni tampoco dejar de aplicar las medidas de coerción de carácter real que pudieran corresponder” (Caro Coria, 2012).

Por último, tenemos a la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017 sobre Lavado de activos publicada el 25 de octubre del 2017. Con esta sentencia se busca concluir, de forma inmediata, el debate sobre la problemática de la autonomía del lavado de activos a través de las siguientes afirmaciones:

1. El delito de lavado de activos es autónomo tanto en la persecución procesal como en la configuración material.

2. El D. Leg. N.º 1249 que modifica el art. 10 del D. Leg. N.º 1106, constituye una disposición declarativa. No es un tipo penal en concreto ni tampoco complementario.
3. El "origen delictivo" referido en el artículo 10 es un componente normativo que debe corresponderse necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y necesitar la ayuda de las operaciones del lavado para ocultar dicha procedencia.
4. La norma no optó por el enfoque del "umbral", por lo que no se señala el elemento de gravedad de la actividad delictiva previa.
5. El concepto de "actividades criminales" no debe ser entendido como la existencia determinada y específica de un precedente delictivo con cierta cronología, intervención de agentes individualizados y objeto. Es suficiente con la acreditación de la actividad criminal de manera general.
6. El grado de convicción varía progresivamente en actividad a lo largo del proceso penal.
7. Para el inicio de las diligencias preliminares solo se necesitan indicios que sostengan una "sospecha inicial simple". Para la formalización de la investigación preparatoria se requiere una "sospecha reveladora". Para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa "sospecha suficiente", y para dictar el mandato de prisión preventiva se requiere necesariamente de una "sospecha grave". La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017).

Como estado de la cuestión actual se tienen las opiniones doctrinarias sobre las tesis antagonistas en relación a la autonomía del lavado de dinero. Entre los principales exponentes de la tesis de la autonomía material se encuentran Abanto Vásquez, Gálvez Villegas, Páucar Chappa, entre otros. En tanto que, entre los que representan la tesis de la autonomía procesal tenemos a Pariona Arana, Mendoza Llamacponcca y Caro Coria. Cabe recalcar que en el debate también pueden hallarse posiciones que pese a ser críticas de uno u otro tipo de autonomía enfatizan en otros aspectos del lavado de activos como son el caso de Prado Saldarriaga y García Caveró.

Gálvez (2016) refiere que la autonomía material del delito de lavado de activos se desprende de la interpretación literal de la norma penal y de la evolución de la legislación que paso de considerar como delito previo a los delitos graves, delitos en general y luego a las actividades criminales. Este autor, siguiendo a Blanco Cordero, propone que para determinar la estructura del delito ni siquiera se requiere la determinación del delito previo por lo que no constituye un elemento objetivo del tipo normativo.

Así también, estima que la acreditación del delito de lavado de activos por medio de la acreditación del delito fuente no repercute en su autonomía puesto que no se requiere realizar un debido proceso respecto al delito previo siendo suficiente una vinculación general y abstracta de los activos ilícitos con la actividad criminal.

Que, las acciones de conversión y transferencia, así como las demás acciones configurativas de este delito, tienen pleno sentido desvinculadas del delito previo; es más, las acciones de lavado se realizan, precisamente, sobre bienes o activos que muchas veces no están en conexión material con el objeto del delito previo; pudiendo

tratarse de delitos previos cometidos en países distintos a aquel en el que se produce el lavado, puesto que se trata, ordinariamente de un delito transnacional y cometido por lavadores profesionales. (Gálvez Villegas, 2016).

Refuerza lo dicho considerando que "la norma peruana no hace referencia al delito previo sino a una actividad criminal, lo que significa una consideración general y abstracta de la actividad delictiva a la cual deben estar vinculadas" (pág. 212). Además, para que un delito se constituya como tal se debe comprobar la presencia de todos sus elementos propios, objetivos y subjetivos; de lo contrario, deberá aplicarse el principio *in dubio pro reo*. De ahí que si se acepta el delito fuente como elemento objetivo del delito de lavado tendría que acreditarse en un debido proceso en el que el juez tenga certeza de cuando, donde, quienes y en qué circunstancias se cometió el acto.

Entonces, cabe la siguiente pregunta: ¿qué función cumple el delito fuente en la estructura del delito de lavado de activos? Para Gálvez Villegas (2016) no tiene sentido siquiera discutir sobre el delito previo porque no tiene importancia para su conformación, sino que solo se requiere la "vinculación directa" de la actividad criminal con el objeto del lavado de activos. No se exige tampoco un conocimiento exhaustivo del autor sobre el delito previo, a lo sumo que presuma la existencia de éste. Esto es, no es imprescindible que sepan quienes han cometido el delito previo, las circunstancias o que haya negociado con estos (Gálvez Villegas, 2016).

En síntesis, Gálvez Villegas (2016) señala:

Para determinar la vinculación del objeto del delito de lavado de activos con una actividad criminal, así como para determinar la propia existencia de la actividad criminal, no hace falta acreditar un delito previo sino únicamente establecer una conexión entre la acción de lavado y las actividades criminales a las que hace referencia el artículo 10 de la Ley (D. Leg. N° 1106). (págs. 215-216).

Queda claro, entonces, que el delito previo según Gálvez Villegas (2016), no representa un elemento objetivo del tipo; sino que refiere a que el lavado de activos es un delito autónomo del delito previo y tan solo exige que los activos que constituyen el objeto del lavado deben tener una conexión general o abstracta con una actividad criminal previa, por lo que no resulta vital determinar la comisión de un delito específico cometido en fecha, por una persona, en un lugar y en circunstancia determinados.

Entonces, la autonomía del lavado de activos está -para Gálvez Villegas (2016)- claramente establecida, tanto que otros autores han llevado este criterio a límites mayores, sosteniendo que la configuración del delito de lavado de activos no requiere de una conexión objetiva entre los activos en proceso de lavado y el delito fuente. Por ejemplo, Prado Saldarriaga (2018) refiere que la circunstancia agravante regulada en el art. 4 del D. Leg. N.º 1106, referido a los casos en que los activos se vinculan a los delitos de minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, constituyen los únicos casos en la legislación penal peruana donde el delito fuente adquiere relevancia normativa o probatoria.

## CAPITULO VI

### LA APLICACIÓN DE LA ESTRUCTURA TRIPARTITA AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

En un Estado de Derecho como el nuestro, solo puede aceptarse que las investigaciones, e incluso procesamiento, puedan llevarse a cabo sin necesidad de determinar aún el delito previo, pero la condena por delitos como el de lavado de activos deberá contar siempre, y sin excepción, con la comprobación de un injusto penal culpable como es el delito previo. Ello quiere decir que, de la lectura estricta de las distintas modalidades previstas en el D. Leg. N.º 1106, para la condena por lavado de activos se necesita del reconocimiento judicial del origen ilícito o la comisión de un delito previo que precisamente generó los activos posteriormente lavados. En clave de la teoría general del delito, se sostiene que el delito previo será identificado de esta manera en tanto se haya establecido que se trate de una conducta típica, antijurídica y culpable, determinado únicamente por el juzgador, dotando solo así de certera la calidad ilícita de los bienes o activos obtenidos.

En ese contexto, acreditado el delito fuente mediante una sentencia condenatoria, permitirá afirmar, más allá de toda duda razonable, que los activos son ilícitos, *ergo*, se acreditará la tipicidad en el tipo objeto del lavado de activos. Con ello se evita una desnaturalización de la estructura tripartita del delito en mención, pues si se sigue considerando que el origen de los activos es ilícito solo por indicios, entonces seguirá existiendo una desnaturalización de su configuración ya que se seguirá asumiendo que dicho tipo penal es típico a pesar de no tener certeza de que los activos son ilícitos.

Una posición distinta es la que asume un sector de la doctrina, cuando explica que uno de los aspectos más llamativos es el principio de autonomía previsto en el primer párrafo del art. 10 del D. Leg. N.º 1106, el cual lo único que hace es levantar una situación de prejudicialidad homogénea de carácter devolutivo (García Caveró, 2016). Esta particularidad procesal no significa, según ciertas voces, un relajamiento probatorio de este elemento constitutivo del delito.

También se sostiene que una determinación adecuada del delito previo del lavado de activos permitirá entender claramente que, si este se encuentra prescrito, no será obstáculo para investigar, procesar y sancionar el delito de lavado de activos, dado que no interesa el delito previo propiamente dicho para determinar la ganancia ilícita, sino solo su resultado, el cual se podrá determinar a partir de los indicios listados por jurisprudencia de la Corte Suprema.

Asumir posturas como la de la autonomía (procesal o sustantiva) del delito previo implica dejar de lado diversas cuestiones fundamentales no solo de orden dogmático jurídico penal sino también constitucional. En efecto, sostener una imputación y posterior sanción por el delito de lavado de activos implica considerar necesariamente, y como primer presupuesto, la existencia de un delito previo (u origen ilícito, según la norma sobre la materia), como su propia redacción la exige, el mismo que requiere para su reconocimiento de un previo estudio que la dogmática jurídico penal ha ofrecido con gran aceptación por parte de nuestros operadores jurídicos para determinar cuándo estamos ante una conducta delictiva. Se trata precisamente del esquema tripartito del delito que desde la entrada en vigencia del



Código Penal de 1991 ha sido asumido sin ningún problema para determinar cuándo nos encontramos frente a una conducta merecedora de sanción penal.

Respecto a esta primera cuestión, definir la naturaleza del delito previo es fundamental a efectos no solo de comprender los alcances para la configuración del delito de lavado de activos, sino de dar cumplimiento estricto al principio de legalidad, máxime si nos encontramos frente a una figura delictiva tan compleja que ha traído un sin número de discusiones hasta la fecha no resueltas.

Uno de los alcances normativos del principio constitucional de legalidad penal se materializa en el subprincipio de taxatividad, conforme al cual no cabe duda que el mandato de taxatividad opera en el ámbito de la legislación, siendo el de tipicidad el que regula las operaciones de interpretación y aplicación judicial y administrativa de la ley penal o sancionadora. El mandato de tipicidad supone que no hay más delito que el definido en la ley, en tanto que el de taxatividad establece que la ley debe definir el delito con precisión y claridad.

La conjunción de ambos mandatos, cuyo destinatario inmediato es el legislador y no el juez, provoca la prohibición al aplicador de la ley penal de toda interpretación y aplicación de la ley penal que sancione lo que no está legalmente definido como infracción mediante interpretaciones extravagantes e irrazonables de la ley penal, o que extienda indebidamente su ámbito normativo más allá de su evidente literalidad. No hacerlo así erigiría al juez o a la Administración de Justicia en sujetos creadores de tipos penales infringiendo la reserva absoluta de la ley.

Dicho ello, se ha podido identificar que en la doctrina existen dos posiciones en relación al delito fuente del lavado de activos. Por un lado, hay quienes niegan su condición de elemento objetivo del tipo penal, en tanto que otros lo califican como parte del tipo objetivo del delito de lavado de activos.

Particularmente sostenemos que el elemento objetivo de tipo normativo no es, como sostiene García Caveró (2016) “el carácter ilícito del bien”, es decir, su condición de “maculado” que se obtiene tras analizar si tiene su origen en la ejecución de un injusto penal mencionado en la lista de delitos advertidos por la norma sobre lavado de activos. Por el contrario, consideramos que el elemento objetivo del tipo de lavado es propiamente el “delito previo”, o lo que es lo mismo: el bien o activo que posee “origen ilícito”. Asimismo, un elemento del tipo objetivo tiene que ser abarcado por el dolo y probado para que exista la tipicidad; es decir, forma parte y no es autónomo del resto de los elementos del tipo. Por ello, no estamos de acuerdo en apoyar la tesis de la autonomía material del delito bajo análisis; si se quiere hacer mención a una “autonomía” -y sin ánimos de profundizar pues el presente trabajo está delimitada específicamente al aspecto material-, únicamente puede hacerse referencia a la posibilidad de iniciar y proseguir las investigaciones por lavado de activos de manera independiente de las investigaciones o del proceso por el delito previo, más no así una condena.

Así, para la emisión de una sentencia condenatoria como consecuencia de la comisión del delito de lavado de activos, debe tenerse probado suficientemente la realización del delito fuente, tan igual como que los activos generados por este delito son los que constituyen el objeto del lavado de activos. Este grado de certeza solo

puede ser obtenido a través, precisamente de una sentencia condenatoria firme que así lo determine, obtenida en un debido proceso.

En los planteamientos que rechazan la naturaleza del delito fuente como elemento típico se alude un presunto “respeto al principio de legalidad penal”, por el cual el delito fuente no sería elemento constitutivo de los artículos 1, 2 y 3, al adscribirse en estos un mero “origen ilícito”. Sin embargo, de acuerdo con los alcances semánticos, el término “origen” alude a un principio o nacimiento de algo, en tanto que el término “ilícito” guarda relación con aquello que no está permitido legalmente. De esto se desprende con propiedad que la expresión “origen ilícito” en el D. Leg. N.º 1106, significa o hace referencia directa a los bienes generados a partir de lo no permitido legalmente, concepto que consideramos no es sino otra cosa que el ilícito como delito. Por ende, superado el eufemismo, ciertamente confuso del legislador respecto al origen ilícito como elemento del tipo objetivo, debemos señalar que la expresión “origen ilícito” no significa otra cosa que el delito previo.

Partiendo de una lectura del art. 10 del D. Leg. N.º 1106, se estima que, a pesar de no encontrarse prevista expresamente la autonomía sustantiva en el D. Leg. N.º 1106 -y por ello, el surgimiento de su tan discutida autonomía o dependencia típica- se ha pretendido derivarla de esta *contra legem*. En efecto, el mencionado Oficio Circular N.º 024-2013-MP-FN-SEGFN, cuando expresamente cita el art. 10 del D. Leg. N.º 1106, incorpora peligrosamente una referencia a la autonomía sustantiva, señalando:

Conforme a lo establecido en el art. 10 (...) el lavado de activos es un delito autónomo, y no tiene un delito fuente por lo que para su

investigación y procesamiento no es necesario (...). La única forma posible a través de la cual nuestra ley penal especial contemplaría a la autonomía sustantiva sería mediante supresión: (i) de todo el segundo párrafo del art. 10, referido al delito fuente y, (ii) de toda expresión legislativa que contemple el término “actividades criminales” (primer y tercer párrafo del art. 10), reemplazándolo por la expresión “origen ilícito” (...).

Esto significa, entonces, que la autonomía sustantiva dependerá de que el legislador considere, contrariamente a los deberes de armonización de nuestro Estado contraídos con las Naciones Unidas, e incluso infringiendo las 40 Recomendaciones del GAFI, que el delito de lavado de activos pueda producirse a partir de la existencia de bienes procedentes de conductas ilícitas generales (un amplio “origen ilícito”).

Desde una visión del derecho constitucional, debe tenerse presente que, aunque se ha aceptado desde el inicio de esta investigación que el lavado de activos es una expresión de la criminalidad compleja por el conjunto de transacciones y pasos que hay detrás de su configuración, no puede justificar, bajo ningún modo, la adopción de una política criminal que restrinja irracionalmente al ejercicio de los derechos fundamentales que son, incluso, operantes durante la investigación, en la etapa intermedia o durante el juicio oral. Por ello es que el delito previo constituye el elemento del tipo en su modalidad básica y agravada.

## CONCLUSIONES

1. El lavado de activos es un delito complejo regulado por el D. Leg. N.º 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; el D. Leg. N.º 1249, Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo; y, la Ley N.º 30077, Ley contra el crimen organizado.
2. La configuración típica de los tipos básicos del delito de lavado de activos, interpretado sistemáticamente con el art. 10 del D. Leg. N.º 1106, permite sostener que el delito de lavado solo cuenta con autonomía procesal, careciendo de autonomía material; es decir, para condenar a una persona por el delito de lavado de activos, se requiere que su conducta sea típica, antijurídica y culpable.
3. Este criterio, propio de la teoría tripartita del delito, exige que, a su vez, el “delito previo” u “origen ilícito” haya sido declarado como tal tras un análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del mismo, al ser el “delito previo” un elemento objetivo del tipo de lavado de activos. Así, el delito previo es un elemento objetivo del tipo legal y su prueba condición asimismo de tipicidad en el delito de lavado de activos.

4. La voluntad de legislador expuesta en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1249 no se cumple, ni puede ser considerado un criterio válido de interpretación, pues carece de sentido racional, garantista y sistemático, lo cual podría llevar a abusos irracionales en la aplicación del derecho objetivo, al desconocerse la vinculación del delito de lavado de activos con el delito previo.
5. En estricta aplicación de criterios básicos de dogmática jurídico penal para calificar una conducta como delito, no es posible dar por superada la categoría de la tipicidad para pasar a la antijuridicidad y luego la culpabilidad, si es que no se satisface de manera plena los elementos objetivos y subjetivos a nivel de tipicidad.
6. La estricta correspondencia de esta primera categoría de la teoría del delito con la conducta implica necesariamente que se satisfagan rigurosamente todos y cada uno de los elementos que conforman la tipicidad, siendo uno de ellos el elemento normativo del tipo penal. Solo a partir de agotarse satisfactoriamente este nivel, cabe recién desarrollar los siguientes presupuestos de la teoría general del delito.
7. Bajo esa perspectiva, no es posible sostener la configuración de un delito de lavado de activos (a partir del desarrollo de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) si es que no se ha superado, a nivel de tipicidad, la procedencia

ilícita de los activos mediante una sentencia condenatoria que reconozca a dicho origen como “ilícito”.

8. Haciendo referencia al aspecto procesal, con simples alertas como el desbalance patrimonial, podría disponerse el inicio de las diligencias preliminares o de formalización de la investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular y no al presunto delito que lo originó, simplemente porque no es necesario que este haya sido descubierto.
  
9. Los principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, derecho de defensa o derecho a la prueba que conforman el debido proceso, fundamentan la necesidad de determinar el delito precedente en toda investigación por lavado de activos.

## RECOMENDACIONES

1. Es innegable que el lavado de activos es un fenómeno delictivo transnacional y multidimensional que destruye y se protege del mercado legal, además de otras consecuencias nocivas para la sociedad en general. No obstante, su sanción no puede llevarse a cabo contraviniendo derechos y garantías fundamentales. Tampoco desnaturalizando criterios sólidamente asumidos y desarrollados con el respaldo de la dogmática jurídico penal, que sirve y seguirá sirviendo de directriz en la labor de administrar justicia.
2. En ese sentido, se recomienda que las decisiones de política criminal adoptadas por el Estado, las cuales se orientan a la represión del lavado de activos y otros delitos que conforman la delincuencia organizada, se lleven a cabo respetando los parámetros de legalidad penal, entre otros principios básicos que resultan necesarios en un Estado de Derecho.
3. Se recomienda también retomar la discusión académica en torno al tratamiento jurídico penal del delito de lavado de activos, apartándose de criterios de necesidad social de punir y otros que distorsionan la finalidad que persigue el derecho penal e imposibilitan el debate técnico-jurídico que tanto se necesita en esta disciplina de *ultima ratio*.



## FUENTES DE LA INFORMACIÓN

### **Bibliográficas:**

Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte general*. Lima. ARA Editores.

Bermejo, M. G. (2015). *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Bramont Arias Torres, L. A. & García Cantizano, M. C. (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. (6ª ed.). Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Creus, C. & Buompadre, J. E. (2007). *Derecho Penal. Parte especial 2*. (7a ed., actualizada y ampliada). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

De la Corte Ibáñez, L. y Giménez-Salinas Framis, A. (2010). *Crimen organizado. Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel.

Despouy Santoro, P. E. (2018). *El delito de encubrimiento*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Lima: Grijley.

García Caveró, P. (2015). *El delito de lavado de activos*. (2a ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.

Luzón Peña, D. M. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (4ª ed.). Madrid: Editorial Universitas.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.

Muñoz Conde, F. (2011). *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis.

García-Pablos de Molina, A. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Jurista Editores.

Obregón García, A. y Gómez Lanz, J. (2015) *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del delito*. (2ª ed.). Madrid: Tecnos.

Páucar Chappa, M. E. (2018). “La Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433: La primera piedra para la edificación de una doctrina seria y responsable en el delito de lavado de activos”. En: Heydegger, F. R. (Coord.). *El delito de lavado de activos. Cuestiones procesales y sustanciales. Comentarios a la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017/CIJ-433*. (págs. 405-418). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Peña Cabrera, R. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte especial II. De acuerdo al nuevo Código Penal*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

Pérez Alonso, E. J. (2010). “El concepto jurídico de delito”. En: J. M. Zugaldia Espinar (Dir.), M. R. Moreno-Torres Herrera (Coord.). *Fundamentos de derecho penal Parte General*. (4ª ed.). (págs.201-222). Valencia: Tirant lo Blanch.

Prado Saldarriaga, V. R. (2007). *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: Grijley.

Prado Saldarriaga, V. (2018). “Lavado de activos y política criminal: presente y futuro”. En: J. Hurtado Pozo (Dir.), V. Prado Saldarriaga & B. Prado Manrique (Coords.). *Problemas actuales de Política Criminal. Anuario de Derecho Penal*

2015-2016. (págs. 43-70). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rodríguez Devesa, J. M. (1998). *Derecho Penal español. Parte especial*. Madrid, España: Dykinson.

Roy Freyre, L. E. (2018). “Seis errores para lavar con urgencia. Decretos Legislativos N°s 1106 y 1249”. En: *El delito de lavado de activos*. (págs. 40-48). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Roxin, C. (2006). *Derecho Penal. Parte General. (Tomo I). Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.

Salinas Siccha, R. (2019). *Derecho Penal. Parte especial. (Volumen 2). (8a ed.)*. Lima, Perú: Editorial Iustitia.

Zugaldia Espinar, J. M. (2010). “Delitos de acción. La tipicidad (I)”. En: J. M. Zugaldia Espinar (Dir.), M. R. Moreno-Torres Herrera (Coord.). *Fundamentos de derecho penal Parte General*. (4ª ed.). (págs.223-236). Valencia: Tirant lo Blanch.

Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Lima: Grijley.

## **Electrónicas:**

Alvear Cordero, M. S. (2015). *Blanqueo de capitales o lavado de activos, en la nueva legislación penal ecuatoriana*. (monografía para titulación). Cuenca: Universidad de Cuenca. Recuperado de <https://bit.ly/3dPZOjZ>

Asmat Salazar, R. O. & Burgos Barrueto, G. L. (2018). *El delito de lavado de activos y su aplicación subsidiaria de lege ferenda*. (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, Perú. Recuperado de <https://bit.ly/2Wic7ff>

Daga Huaraca, V. R. (2019). *Vulneración de los derechos fundamentales en el proceso penal de lavado de activos en el distrito judicial de Lima, 2018*. (Tesis de maestría). Lima: Universidad Cesar Vallejo. Recuperado de <https://bit.ly/3zmc3O6>

Delgado Rodríguez, J. M. (2016). *El blanqueo de capitales y el crimen organizado en España: Regulación, tendencias de política criminal y alternativas*. (Tesis doctoral). Barcelona: Universidad Internacional de Catalunya. Recuperado de <https://bit.ly/3dNOHlg>

Gutiérrez Chávez, N. G. (2019). *Estándar probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado*. (tesis de maestría). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <https://bit.ly/2RNabge>

Huayllani Vargas, H. (2016). *El delito previo en el delito de lavado de activos*. (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Recuperado de <https://bit.ly/3a7TFyn>

- Lugo Villafana, W. A. (2018). *Lavado de activos hacia la implementación de un filtro en los delitos fuentes*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú. Recuperado de <https://bit.ly/37YiNVq>
- Martínez, J. C. (2017). *El delito de blanqueo de capitales*. (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <https://bit.ly/3aDTx99>
- Mejía Pinedo, M. J. (2016). *El delito de lavado de activos en el ámbito de la criminalidad en la región La Libertad*. (tesis de maestría). La Libertad: Trujillo. Recuperado de <https://bit.ly/3bHBbFD>
- Peña Mondragón, M. A. (2017). *Debido proceso y autonomía del delito de lavado de activos en el Decreto Legislativo N° 1249 en las sentencias de los jueces del Poder Judicial*. (Tesis de maestría). Lima: Universidad Wiener. Recuperado de <https://bit.ly/3hfT5BV>
- Rodríguez Delgado, J. (2012). *Lavado de activos*. Lima: Universidad de San Martín de Porres. Recuperado de <https://bit.ly/3uWt27l>
- Silvente Ortega, J. (2013). *Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales en España desde la Jurisprudencia y el Derecho comparado con los países de la Unión Europea*. (Tesis doctoral). Murcia: Universidad Católica San Antonio. Recuperado de <https://bit.ly/3sOq6Y3>
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (s. f.). *Lavado de activos*. Recuperado de <https://bit.ly/2Wepmh4>
- Tuñoque Ramírez, V. R. (2017). *El lavado de activos como delito autónomo y la vulneración del principio de presunción de inocencia*. (Tesis de titulación).

Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego. Recuperado de <https://bit.ly/3jqM0jf>

**Legales:**

Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú.

Presidencia de la República (1991). Decreto Legislativo N.º 635 - Código Penal.

Presidencia de la República (2012). Decreto Legislativo N.º 1106 - Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado.

Presidencia de la República (2016). Decreto Legislativo N.º 1249 - Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del Lavado de Activos.