



FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**LOS DELITOS CON CAPACIDAD PARA GENERAR
ACTIVOS ILÍCITOS EN EL DELITO DE LAVADO DE
ACTIVOS ¿QUÉ DELITOS TIENEN LA CUALIDAD PARA
GENERAR ACTIVOS ILÍCITOS OBJETO DE LAS
OPERACIONES DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS?**

**PRESENTADA POR
MICHEL ERICK PEÑA VALVERDE**

**ASESOR
JORGE WAYNER CHAVEZ COTRINA**

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/>



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**LOS DELITOS CON CAPACIDAD PARA GENERAR ACTIVOS
ILICITOS EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS
¿QUÉ DELITOS TIENEN LA CUALIDAD PARA GENERAR ACTIVOS ILÍCITOS
OBJETO DE LAS OPERACIONES DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS?**

**Tesis para Optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho en Ciencias Penales**

Presentado por:

MICHEL ERICK PEÑA VALVERDE

Asesor:

Mg. Jorge Weyner Chavez Cotrina

LIMA – PERÚ

2021

Dedicatoria:

Las siguientes páginas son producto de mi deseo de aportar elementos científicos para la correcta valoración normativa del delito de lavado de activos; además, es consecuencia del constante y generoso aliento de mi amada familia, mi esposa, mis padres y mis hermanos; a quienes dedico el presente trabajo.

Agradecimientos:

Es indispensable expresar mi sincera gratitud a mi honorable y notable asesor de tesis, el Prof. Mag. Jorge Chávez Cotrina; quien, con su vasto conocimiento científico, ha orientado el desarrollo de mi trabajo hacia su mejor conclusión posible.

ÍNDICE

RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I.....	16
MARCO TEÓRICO	16
1.1. Antecedentes	16
1.2. Bases teóricas	17
1.2.1. Antecedentes legislativos	17
1.2.2. Los delitos y las ganancias ilegales	23
1.2.3. El lavado de activos	25
1.2.4. Los delitos determinantes.....	27
1.3. Definición de términos básicos	30
CAPITULO II.....	32
METODOLOGÍA	32
2.1. Diseño de investigación.....	32
2.2. Aspectos éticos	32
CAPITULO III.....	34
RESULTADOS.....	34
3.1. El lenguaje en la individualización de las normas penales	34
3.2. Los activos ilícitos.....	39
3.2.1. Delimitación conceptual.....	39

3.2.2. El carácter no patrimonial de los activos ilícitos	50
3.3.3. La génesis de los activos ilícitos	53
3.3. La actividad delictiva previa.....	57
3.3.1. Definición.....	57
3.3.2. Regulación	59
3.4. El delito como emprendimiento generador de activos ilícitos	62
3.4.1. La identificación del delito precedente	62
3.4.1.1. El principio de legalidad y el mandato de determinación.....	62
3.4.1.2. El delito fuente y el tipo objetivo del Lavado de activos.....	66
3.4.2. Los delitos con capacidad de generar activos ilícitos contenidos en la cláusula abierta	68
3.4.2.1. La perspectiva de homogeneidad del bien jurídico protegido.....	71
3.4.2.2. El criterio según el grado desarrollo del delito	80
A. La ideación delictiva	81
B. Los actos preparatorios.....	81
C. La tentativa	87
D. La consumación y el agotamiento.....	90
3.4.2.3. El criterio según las clases de tipos penales	92
A. Los delitos dolosos y culposos.....	93
B. Los delitos de resultado y de actividad	98
C. Los delitos permanentes y de estado	101
D. Los delitos cualificados por el resultado	102
E. Los delitos de lesión y peligro	104

F. Los delitos de emprendimiento.....	107
G. Los delitos simples y compuestos	111
H. Los delitos de acto, pluralidad de actos y alternativos	112
I. Los delitos comunes y especiales	115
J. Los delitos base, derivaciones típicas y delitos autónomos.....	116
K. Los delitos congruentes e incongruentes	118
L. Los delitos comisivos y omisivos	121
M. Los delitos de medios determinados y resultativos	123
3.4.2.4. La perspectiva de gravedad	124
3.4.2.5. La perspectiva de similitud con los delitos taxativos.....	134
3.4.2.6. El criterio rentístico	135
A. Los delitos de despojo	137
B. Los delitos de abuso	147
C. Los delitos de producción	164
CAPITULO IV.....	179
DISCUSIÓN	179
CONCLUSIONES	194
RECOMENDACIONES	203
REFERENCIAS.....	207

RESUMEN

La presente tesis se enfoca en analizar la problemática del derecho penal relativo a los delitos que tienen la capacidad para generar activos ilícitos objeto de las operaciones del lavado de activos, relevante para la investigación, procesamiento y sanción de este. A pesar de la cláusula “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales” contenido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 – De Lucha Eficaz Contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, solo determinados delitos, en función de sus particulares elementos, están provistos de dicha capacidad. El estudio del objeto de investigación permite concluir que los “ganancias ilegales”, o mejor, los “activos ilícitos”, son producto de particulares tipos de emprendimiento ilícito que pueden ser introducidas al mercado económico; por tanto, la capacidad en su generación está relacionada a aquellas infracciones dotadas de elementos individualizables que determinan la cualidad de actividad delictiva previa. Asimismo, permite establecer de manera particular, qué elementos caracterizan a los delitos con cualidad de actividad delictiva con capacidad de generar activos ilícitos; y, aportar elementos científicos concretos, para que la naturaleza y elementos de los delitos previos cumplan una función normativa, delimitando que delitos son delitos previos, predictiva, delimitando las consecuencias de su valoración, y explicativa, estableciendo los factores que determinan tales demarcaciones.

Palabras clave: Lavado de activos, activos ilícitos, emprendimiento ilícito, delito precedente, impulso rentístico

ABSTRACT

This thesis focuses on analyzing the problems of criminal law related to crimes that have the capacity to generate illicit assets object of money laundering operations, relevant to the investigation, prosecution, and punishment of this. Despite the clause "or any other with the capacity to generate illegal profits" contained in article 10 of Legislative Decree 1106 – On the Effective Fight Against Money Laundering and Other Crimes Related to Illegal Mining and Organized Crime, only certain crimes, depending on their elements, are provided with such capacity. The study of the object of investigation allows us to conclude that "illegal profits", or rather, "illicit assets", are the product of types of illicit entrepreneurship that can be introduced into the economic market; therefore, the capacity in its generation is related to those infractions endowed with individualizable elements that determine the quality of previous criminal activity. It also makes it possible to establish in a particular way, which elements characterize crimes with the quality of criminal activity with the capacity to generate illicit assets; and provide concrete scientific elements, so that the nature and elements of the previous crimes fulfill a normative function, delimiting which crimes are previous crimes, predictive, delimiting the consequences of their assessment, and explanatory, establishing the factors that determine such demarcations.

Keywords: Money laundering, illicit assets, illicit entrepreneurship, preceding offence, rent boost

INTRODUCCIÓN

En estos tiempos se ha materializado un aumento exponencial de la denominada *gran criminalidad*, emergente de la globalización, el cual ha transformado la cuestión criminal y ha contribuido al surgimiento de la criminalidad del poder, donde están presentes el crimen organizado, los crímenes de los poderes económicos y de los poderes públicos (Viada, 2009, p. 33). El referido proceso de globalización ha influido considerablemente en el ámbito del Derecho Penal, lo que explica “la fuerte tendencia en las últimas décadas a la internacionalización del Derecho Penal y las manifestaciones del Derecho Penal intercultural” (Borja, 2009, p. 142).

Esto trajo consigo un desarrollo constante del marco legislativo, en la búsqueda de la represión penal de las nuevas formas de criminalidad, a cuenta de la necesidad de poner límites a su consolidación y/o mayor perfeccionamiento; previniendo de manera particular la inestabilidad económica, política y social de los Estados, así como de las estructuras sociales. En ese marco, tiene especial relevancia el Lavado de Activos, proceso criminal tendiente a dar legitimidad a los productos del delito, al ser una de las más importantes y consolidadas expresiones de la gran criminalidad, y dado su vertiginoso y cambiante prescripción, principalmente en nuestra legislación, donde ha sido ampliamente cuestionada y debatida, en la búsqueda de una mayor y mejor represión de dicho fenómeno criminal, afectar la lucratividad de la actividad ilícita previa, reprimir y prevenir, por ejemplo, la profesionalización en el proceso de lavado, en la medida de que involucra a “profesionales compuesto por abogados, contadores, analistas de riesgo, banqueros, etc., que utilizan sus conocimientos profesionales para el lucrativo

negocio de lavar capitales de otras organizaciones criminales” (García Cavero, 2013, p. 25).

La presente tesis es el estudio del delito de Lavado de Activos con relación a los delitos determinantes que generan su objeto, esto es, las denominadas ganancias ilegales o lo que posteriormente se postulara como activos ilícitos, para abarcar todos los conceptos que hacen referencia al referido objeto. Para eso, se parte de la premisa de que los *activos ilícitos* son los productos de determinadas infracciones que pueden ser introducidas al mercado económico para su explotación en términos económicos, y que la capacidad de generar activos ilícitos está relacionado a aquellas infracciones provistas de elementos particulares que determinan su cualidad de actividad delictiva previa. En función de esto, se reconoce que existen elementos científicos normativos que caracterizan a los delitos con cualidad de actividad delictiva con capacidad de generar activos ilícitos, cuya determinación permitiría efectuar una correcta exegesis y control de legalidad del precepto del lavado de activos. Ello, implica circunscribir el desarrollo del trabajo a las cuestiones referidas al delito precedente, en el marco de la cláusula o *cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales* contenida en el artículo 10° del Decreto Legislativo N.º 1106, de Lucha Eficaz Contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado.

Al respecto, existen diversos pronunciamientos de carácter jurisprudencial que tratan de dar ciertas luces para delimitar la referida cláusula. El antecedente inmediato del tema de investigación, el Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2017-CIJ-116 publicado en el diario oficial El Peruano el 26 de octubre del 2017, en su

fundamento 14, párrafo 1, en referencia al origen ilícito de los activos objeto de las operaciones de lavado de activos, señala que deben *corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad justamente de generar ganancias ilícitas*; mientras que en su fundamento 14, segundo párrafo, establece que la cláusula abierta (de los delitos precedentes), comprende toda actividad criminal que pueda producir réditos económicos de cualquier forma y en cualquier proporción o magnitud, especificando tres clases de actividades criminales con dicha capacidad: actividades criminales de despojo, de abuso y de producción.

Sin embargo, en el referido Acuerdo Plenario no se determinan respuestas concretas a los asuntos relacionados sobre *¿cuáles son los delitos que tienen la denominada capacidad de generar activos ilícitos?, ¿qué elementos lo determinan? o ¿cómo las particularidades jurídicas, gramaticales o lingüísticas del delito influyen en la determinación de tal capacidad?* Advirtiéndose que los pocos marcos jurídicos de delimitación existentes a la fecha son insuficientes para corregir la manifiesta indeterminación del delito determinante del lavado de activos, relacionado a la ininteligible cláusula *o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*. Tanto más si de manera preliminar, según el segundo párrafo, del artículo 10, del Decreto Legislativo 1106, publicado en diario oficial El Peruano el 19 de abril del 2012; solo el delito de receptación, prescrito en el artículo 194 del Código Penal, estaría excluido de la lista de delitos con capacidad de generar ganancias ilícitas.

Si bien conforme al fundamento 12, del referido Acuerdo Plenario, no cabe evadir la investigación, juzgamiento y sanción del lavado de activos *colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la calidad,*

circunstancias, actores o destino jurídico que correspondan a los delitos precedentes; y, pese a que se ha señalado que la globalización acentúa el abandono del mandato de determinación en los tipos penales (Silva Sánchez, 2001, p. 81); resulta imprescindible delimitar qué delitos pueden ser determinantes, en función de sus particulares elementos y características. Esto, en la medida que la cláusula abierta no es ni puede ser absoluta; debe ser explicitada, proporcionando elementos científicos normativos que ayuden a su correcta valoración, observando los derechos fundamentales e instrumentos internacionales, en consideración a la coherencia dogmática, y en cumplimiento de los fines político-criminales para combatir el lavado de activos. Lo que permitirá fortalecer principios como el de previsibilidad subjetiva del ciudadano sobre las reacciones jurídico-penales, legitimación democrática de vinculación de la norma a su fuente, seguridad jurídica para asegurar la realización del derecho mediante el sometimiento de los poderes públicos a la ley y evitar castigos arbitrarios, e igualdad, en aras de reducir la arbitrariedad y desigualdad en la aplicación de la ley (Navarro Frías, 2010, p. 42).

Es necesario hacer una precisión en cuanto al término *delitos*, que comprende el título de la presente tesis. Es de opinión generalizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que el delito en cuanto precedente del lavado de activos no expresa el concepto de delito de la moderna dogmática penal, que entiende a este como la “acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad” (Roxin, 1997, p. 193). Debe entenderse por delito a aquella actividad criminal previa, en un sentido limitado, es decir, basta que “la conducta previa que genera los activos maculados sea típica y antijurídica” (García Caverro, 2015, p. 579). Así, el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre

del 2010, si bien en su fundamento 30 expresa que *el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal*; en su fundamento 35, precisa que *no hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico [...] y que es suficiente el conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general*. Sobre esa base, tanto más si en la praxis judicial cuando uno se remite a las conductas prohibidas en el Código Penal, vislumbramos a estas como delitos, por puros efectos prácticos y a fin evitar contrariedades, en la presente tesis se utiliza dicho término, bajo la perspectiva de injusto (típico y antijurídico) ya explicada.

Finalmente, corresponde mencionar el contenido de cada uno de los apartados que son desarrollados y recaen en determinar aquellos elementos que caracterizan a los delitos con cualidad de actividad delictiva con capacidad de generar activos ilícitos objeto de las operaciones del delito de lavado de activos. Además de aportar elementos científicos concretos, para que la naturaleza y elementos de los delitos previos cumplan una función normativa –delimitando qué delitos son delitos previos–, predictiva –delimitando las consecuencias de su valoración–, y explicativa –estableciendo los factores que determinan dichas demarcaciones–.

Así, en el Capítulo I se desarrolla el marco teórico del problema objeto de investigación, precisando los antecedentes y bases teóricas de los conceptos relativos al tema, y la definición de los términos básicos, marco sobre el cual se edificará los posteriores conceptos que resolverán los problemas formulados. En el Capítulo II se precisa la metodología de la investigación, como aquella técnica que permite el desarrollo de la investigación, así como sus correspondientes aspectos

éticos. En el Capítulo III, se expone el tema referido a la relevancia del lenguaje en la construcción de las normas penales y en qué medida esta permite entender tales normas, las cuales posteriormente serán delimitadas como delitos con caracteres y naturalezas individualizables. En el Capítulo IV se desarrolla todo lo referido a los activos ilícitos, iniciando por su conceptualización, su naturaleza, y como debe entenderse la generación de tales activos en relación con una conducta determinada desarrollada por los agentes delictivos. En el Capítulo V se analiza los temas referidos a la actividad delictiva previa, como conducta humana, estableciéndose su definición y los marcos de su regulación, siempre con relación al lavado de activos y entendido como norma penal prohibitiva.

Luego, se arriba al Capítulo VI donde se desarrolla el contenido neurálgico de la presente tesis, enfocada a la individualización de los delitos previos, como emprendimientos generadores de activos ilícitos. En esta, se identifica la naturaleza del referido delito previo, y se desarrolla conceptos referido al principio de legalidad y mandato de determinación, estableciéndose si en el problema objeto de investigación esta cobra alguna relevancia conceptual o normativa; luego se aborda el delito fuente con relación a su transcendencia en el tipo objetivo del lavado de activos. En el siguiente apartado, de forma concreta, se fija cuáles son los elementos que permiten delimitar o individualizar a aquellos delitos con capacidad de generar activos ilícitos contenidos en la cláusula abierta, postulando los siguientes criterios de delimitación: homogeneidad del bien jurídico protegido, del delito previo en relación al lavado de activos; grado desarrollo del delito, como ideación, actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento; clases de tipos penales, recogiendo del ámbito de la dogmática penal las amplias

clasificaciones del delito como delitos dolosos y culposos, de resultado y de actividad, permanentes y de estado, cualificados por el resultado, de lesión y peligro, de emprendimiento, simples y compuestos, de acto, pluralidad de actos y alternativos, comunes y especiales, delitos base, derivaciones típicas y delitos autónomos, congruentes e incongruentes, comisivos y omisivos, y delitos de medios determinados y resultativos; perspectiva de gravedad; perspectiva de similitud con los delitos taxativos, regulados expresamente como delitos previos; y finalmente, lo que he denominado criterio rentístico, donde abordo el estudio de los criterios de delimitación mencionados en el Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2017-CIJ-116, como delitos de despojo, abuso y producción.

Sobre esa base teórica, se asume la discusión del desarrollo de la tesis, justificando los conceptos utilizados y la solución del problema planteado, referido a la delimitación de los delitos previos con cualidad de generar activos ilícitos objeto de las operaciones del delito de lavado de activos. Planteando finalmente, algunas conclusiones concretas que pretenden condensar las ideas relevantes del trabajo, esperando sean de utilidad para la comunidad jurídica.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes

Existen trabajos académicos que desarrollan temas relacionados a la posibilidad de considerar o no determinados delitos como delitos previos, como los textos “Delito Fiscal y Blanqueo de Capitales” (Carrión Díaz & Viveiro, 2017, pp. 211-268) y “El Lavado de Activos y la Evasión Fiscal Como Posible Delito Previo o Subyacente” (Carrión Díaz & Viveiro, 2017, pp. 211-268), en concreto, referidos a la posibilidad de que un delito fiscal pueda ser delito previo del blanqueo de capitales. Además, de los textos “La Importancia Jurídica del Delito Precedente en el Delito de Lavado de Activos” (Araba Norales, 2018, pp. 263-277) y “¿Puede el delito de defraudación tributaria constituirse en delito previo al delito de lavado de activos?” (Alca Pérez, 2018, pp. 341-384). Asimismo, “Apuntes para la determinación de la Cláusula Abierta del delito fuente en la estructura del delito de Lavado de Activos: A Propósito de la modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1106” (Placencia Rubiños, 2014, pp. 203-217), los que versan sobre el delito precedente del blanqueo de capitales.

De otro lado, tenemos la tesis “El Delito Previo en el Delito de Lavado de Activos” (Huayllani Vargas, 2016), referida en general al delito precedente en el delito de lavado de activos, a su naturaleza y grado de desarrollo. La tesis “El delito de peculado y su implicancia en el delito de lavado de activos en el sistema penal peruano” (García Cárdenas, 2018), que concluye, entre otros, que los servidores o

funcionarios que han cometido el delito de peculado buscan la forma de esconder el producto de este y encuentran en el lavado de activos la forma mágica de culminación de su ilícito. La tesis “Normativa de lavado de activos y su relación con la defraudación tributaria” (Ponce Maluquish, 2017), que concluye, entre otros, que la vulnerabilidad en la identificación del cliente, registro de operaciones y reporte de operaciones sospechosas de la normativa de lavado de activos, afectan la defraudación tributaria a través del ocultamiento de rentas, ocultamiento de la identidad del deudor e incentivos tributarios simulados. La tesis “Relación entre el delito de cohecho y delito de lavado de activos, Lima Norte 2016” (Yauri Cuadros, 2018), que concluye, entre otros, que el delito de cohecho tiene implicancia en la colocación y diversificación del dinero en el lavado de activos. Finalmente, debo mencionar el trabajo “El Delito De Enriquecimiento Ilícito como Actividad Criminal Previa del Delito de Lavado De Activos” (Perca Contreras , 2017), que concluye, entre otros, que el delito de enriquecimiento ilícito puede constituir actividad criminal que genera bienes ilícitos objeto de las operaciones del delito de lavado de activos.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. Antecedentes legislativos

La regulación del Lavado de Activos se remonta a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, denominada “Convención de Viena” del 20 de diciembre de 1988; esta, en su artículo 3 estableció la necesidad de tipificar como delitos la conversión,

transferencia, ocultación o encubrimiento de bienes provenientes del tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

La referida convención, fue aprobada en nuestro país mediante Resolución Legislativa 25352 del 26 de noviembre de 1991; y ratificada el 12 de diciembre de 1991. Lo que significó que mediante Decreto Legislativo 736 del 12 de noviembre de 1991, se prescribiera por primera vez en nuestra legislación, el delito de Lavado de Activos; incorporándose en la Sección II, Capítulo III, Título XII, de nuestro Código Penal, los artículos 296-A y 296-B, en los cuales se tipificaba los actos de lavado de dinero. En el primer articulado, se reprimía los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes derivados del tráfico ilícito de drogas; en el segundo, el lavado de activos de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, perpetrado a través del sistema financiero o mediante procesos de repatriación de capitales. (Caro Coria D. C., 2013, p. 184), constituyendo una circunstancia agravante, establecida en su tercer párrafo, el hecho de que los ilícitos se vinculen a actividades terroristas.

Tales disposiciones fueron derogadas al año siguiente, mediante Ley 25399, publicada el 10 de febrero de 1992; expidiéndose el 26 de febrero del mismo año, la Ley 25404, con el cual se reguló el lavado de activos como una modalidad agravada del delito de receptación. Así, el segundo párrafo del artículo 195 del Código Penal, sancionó, con mayor pena, los actos de receptación (regulado en el artículo 194 del Código Penal), cuando se traten de bienes provenientes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas o Terrorismo; ampliándose a dos el catálogo de delitos previos. Pero prontamente se expide el Decreto Ley 25428 del 11 de abril de 1992,

el cual derogó la referida Ley 25404, reinstaurándose los artículos 296-A y 296-B en el Código Penal, con igual redacción a la prescrita en el Decreto Legislativo 736, salvo en cuanto a la pena; figurando como delito previo en el artículo 296-B, el Tráfico Ilícito de Drogas, el Narcoterrorismo y, como agravante, el Terrorismo; artículo que es modificado por Ley 26223 del 21 de agosto de 1993 y luego por Ley N.º 27225 del 17 de diciembre de 1999, sin variarse los delitos previos taxativos.

En ese contexto, el 15 de noviembre del 2000, se celebra la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, adoptada mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General. El cual fue aprobada por nuestro país, mediante Resolución Legislativa 27527 del 8 de octubre del 2001, y ratificada mediante el Decreto Supremo 088-2001-RE del 20 de noviembre del 2001. Sobre el delito previo, o “*delito determinante*” como la denomina dicha Convención, según su artículo 6º inciso 2, establece que cada Estado parte velará por establecer la gama más amplia posible de delitos determinantes, como todos los delitos graves, los cometidos por un grupo delictivo organizado, los referidos a la corrupción y obstrucción de la justicia.

En ese marco se expide la Ley 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos del 27 de junio del 2002, que sanciona de manera complementaria y especial -evitando la discusión que se había generado por la ubicación de dicho delito en el Código Penal-, los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, de bienes, efectos o ganancias de origen ilícito; se adopta el sistema mixto de composición de delitos previos, al señalarse, en su artículo 6 segundo párrafo, un listado de determinados delitos (tráfico ilícito de drogas, delitos contra la administración

pública, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, delitos aduaneros) y al mismo tiempo una cláusula que permitía considerar a otros, similares a los enumerados y que generen *activos ilícitos*, como delitos previos, con excepción de los regulados en el artículo 194 del Código Penal. Este dispositivo sufrió posteriores reformas, primero a través de la Ley 28355 del 6 de octubre del 2004 y luego por la Ley 28950 del 16 de enero del 2007, los cuales no modificaron la regulación del delito determinante. Sin embargo, a través del Decreto Legislativo 986 del 22 de julio del 2007, se adicionan como delitos determinantes el delito de extorsión y los delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada.

Posteriormente, con motivo de la confusa interpretación y aplicación del dispositivo de lavado de activos se expiden los Acuerdos Plenarios Vinculantes de la Corte Suprema N.º 3-2010/CJ-116 y N.º 7-2011/CJ-116. El primero, entre otros aspectos, resalta desde una interpretación sistemática y teleológica del artículo 6 de la Ley 27765, que por delitos “similares” debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y que habían sido realizados en delincuencia organizada. El segundo, desarrollando problemas hermenéuticos sin mayor relevancia para el objeto de estudio de la presente tesis, referidos al delito fuente, al agotamiento del delito de lavado de activos y las medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

Luego se emite el Decreto Legislativo 1106, publicado el 19 de abril del 2012, que deroga la Ley 27765, el cual en el segundo párrafo, de su artículo 10, respecto al delito determinante, ya no califica a este de “conductas punibles” como lo hacía la

Ley 27765, sino como “actividades criminales”, ampliando, asimismo, el espectro de delitos previos, a los delitos de minería ilegal y tráfico ilícito de armas. Además, está ya no hace referencia al delito de “defraudación tributaria” como delito previo sino a “delitos tributarios” en general, ni conductas punibles “contra el patrimonio en su modalidad agravada” como delito previo sino que la reduce a actos criminales de robo. También, sustituye la cláusula abierta que contemplaba la Ley 27765, que tipificaba que podrían considerarse como delito previo solo a “*otros similares que generen ganancias ilegales*” por la cláusula “*o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*”, ampliando los delitos previos a otros, no necesariamente similares a los delitos nominados; con lo cual si bien se hace indubitable la naturaleza económica del delito previo, se incrementa más la indeterminación de la norma, al eliminarse el criterio de la similitud (Abanto Vásquez, 2017, p. 140).

La Ley 30077, publicado el 20 de agosto del 2013, deroga ciertos dispositivos del Decreto Legislativo 1106 (el referido a las facultades especiales de lucha contra el lavado de activos, la audiencia de control judicial, la entrega vigilada, la búsqueda selectiva en bases de datos y colaboración eficaz), no implicó ninguna variación sobre el delito determinante. Pero, mediante Decreto Legislativo 1249, publicado el 26 de noviembre del 2016, respecto al delito precedente, se incluye al delito de financiamiento del terrorismo. Asimismo, mediante Decreto Legislativo 1352, publicado el 7 de enero del 2017, solo se deroga el artículo 8 del Decreto Legislativo 1106 (consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas), sin efectuar ninguna variación a la prescripción del delito previo.

En ese marco, en la praxis judicial se dan diversos pronunciamientos jurisprudenciales; resultando relevante la Casación 92-2017-Arequipa, publicada el 23 de agosto del 2017, el cual sobre el delito previo establece que solo pueden ser delitos fuente, subsumibles en la cláusula abierta, los delitos graves con capacidad para generar ganancias ilegales. Estableciendo esta, concretamente lo siguiente:

Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales» -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N.º 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico; mencionando a su presunto autor o partícipe, con indicación de la fecha y lugar en que ocurrió; ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada.

Luego de diversos cuestionamientos que se efectuaron por parte de la doctrina a tales fundamentos, se celebró el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de nuestra Corte Suprema, emitiéndose la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, la cual en su fundamento 14 segundo párrafo, estableció que la cláusula abierta, comprende toda actividad criminal que pueda producir réditos económicos de cualquier forma y en cualquier proporción o magnitud, indicando tres clases de actividades criminales con dicha capacidad, actividades criminales de despojo (el robo, la extorsión, la estafa, etc.), de abuso (el peculado, la concusión, la colusión, el enriquecimiento ilícito, la

administración fraudulenta, etc.) y de producción (el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilegal de armas, la trata de personas, la minería ilegal, etc.), idóneas para producir ganancias ilícitas. Asimismo, en su décimo sexto fundamento, la referida sentencia estableció que las nociones de gravedad perjudican la útil y adecuada regulación del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, pues esta involucra toda actividad criminal capaz de producir ganancias ilegales, siendo el único criterio de gravedad, el referido al valor económico de las operaciones prescrita como circunstancia agravante en el inciso 3, del artículo 4, del Decreto Legislativo 1106.

1.2.2. Los delitos y las ganancias ilegales

Los delitos, desde una perspectiva jurídica, son conductas humanas sancionadas con una pena, con la concreta finalidad asociada a la protección de valores considerados esenciales. Existe en un ordenamiento jurídico un sinfín de conceptos que las estructuras sociales consideran esencial para su correcta coexistencia; esto involucra que una norma tiene una orientación, que, en sus aspectos generales, está relacionado al mayor bienestar posible, en la búsqueda de la satisfacción de “expectativas de comportamiento interpersonales y generalizadas en cuanto al marco temporal, al espacio social y a la situación de acción” (Putnam & Habermas, 2008, p. 25). Además, los delitos son construcciones vinculadas a un lenguaje estandarizado, con elementos que nos permiten individualizarlos; por ejemplo, en doctrina, los delitos son agrupados bajo perspectivas lógicas para una mejor valoración de sus significados, así tenemos: dolosos y culposos, comisivos y omisivos, comunes y especiales, de peligro y lesión, según su grado de desarrollo (acto preparatorio, ejecución, consumado y agotado), según el tipo de sanción

(pena privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos, y/o multa), delitos de la gran criminalidad, entre otros.

En muchos casos la motivación en la perpetración de los delitos es la obtención de un provecho que facilite al agente delictivo capacidad económica para disponer de riqueza y satisfacer sus necesidades. La constancia de la actividad criminal según los índices delictivos e incluso su progresividad, en la mayoría de los casos estarían relacionados al carácter lucrativo de los delitos. Esa cualidad, no obstante, está reservada solo a determinadas modalidades, pues como se ha referido, no todas están encaminadas hacia un fin lucrativo, existen conductas delictivas con móviles de carácter puramente moral o ético, por ejemplo, la violación, donde no media ningún afán de riqueza. La mencionada lucratividad, asociada a determinados delitos con ciertas cualidades, surgida dentro de un marco de ilicitud, sería la causa de los denominados activos ilícitos.

Luego, un activo ilícito lo es porque su origen es delictivo, enmarcados en una relación causa-efecto (Reátegui Sánchez & Reátegui Lozano, 2017, p. 52). Como se verá, para efectos penales, tal ilegalidad debe versar sobre la infracción de una ley penal y no de otro tipo (administrativa, por ejemplo); asimismo, por delito no debe entenderse formalmente como la acción típica, antijurídica y culpable, sino solo a la acción típica y antijurídica -injusto- (Callegari, 2009, p. 186).

En muchos casos, el producto delictivo constituye ingentes ganancias o riquezas que hacen de las actividades delictivas altamente provechosas y conllevan a la estabilización criminal, lo que trae consigo más que la sola afectación de los bienes

jurídicos asociados a la norma penal que sanciona esa determinada actividad criminal, la afectación de toda la estructura social. De ahí que los Estados buscan abolir las actividades criminales generadoras del producto y el producto mismo; lo que al mismo tiempo ha conllevado a que los agentes delictivos trameten procesos complejos para ocultar el origen del producto delictivo y poder así explotarlo. Es ahí donde se encuentra la esencia de la necesaria represión penal del referido proceso complejo, denominado lavado de activos.

1.2.3. El lavado de activos

La criminalidad en la globalización o en el marco de un mercado global, caracterizado porque el capital ha materializado un orden global cuyo imperio está situado en cualquier parte (Gabilondo, 2019, p. 31), ha significado el incremento de actividades delictivas desarrolladas por grupos organizados con amplia capacidad de manipulación y corrupción de los diversos sectores. Lo que ha permitido identificar que la criminalidad en esos contextos funciona como funcionan las empresas legales, con una orientación capitalista, pero brindando bienes y servicios socialmente nocivos; siendo su finalidad el lucro. Esto, permite establecer la existencia de un emprendimiento criminal, generador de formidables patrimonios que, introducidos al ámbito legal, otorgan un importante poder económico.

Ya a principios del presente milenio se señalaba que el crimen organizado en todas y cada una de sus facetas se venía desarrollando vertiginosamente, en particular a raíz del proceso de globalización como fenómeno planetario. Como se menciona, en el *Atlas de la criminalidad financiera*, es una evidencia que salta a la vista, aunque su enunciado es tabú: las finanzas

modernas y el crimen organizado se sustentan mutuamente, tanto la una como el otro necesitan para expandirse que se supriman las reglamentaciones y los controles estatales (Lamas Puccio, 2017, p. 27).

Con la criminalidad evolucionado en criminalidad corporativa, caracterizada por su complejidad organizativa y ámbito estrictamente económico, donde se requiere de un proceso de inversión de su liquidez acumulada; surge la necesidad de limpiar los beneficios derivados de las operaciones ilícitas, a través de un proceso tendiente a incorporar los bienes de origen delictivo al sistema económico legal. Esta no es sino el lavado de activos, identificada según Acuerdo Plenario 03-2010/CJ-116, fundamento 7, como *todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen origen ilícito*. Con relación a esto, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) –creado en 1989 entre otros para establecer normas y promover la implementación de medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otras amenazas a la integridad del sistema financiero– ha identificado las fases de colocación, intercalación e integración. La primera, involucra modalidades de movilización primaria de activos ilícitos; la segunda, el alejamiento de los bienes ilícitos o fondos de su fuente originaria; y la tercera, la incorporación al patrimonio de los bienes transformados a actividades económicas legítimas, incluido la simple posesión (Prado Saldarriaga, 2013, p. 120).

Tales particularidades del lavado de activos, como mecanismo que permite a los agentes delictivos evitar la detección de sus actividades ilícitas, proveerles de recursos, y destruir a los mercados y a la actividad económica legal, explica el

motivo por el que se encuentran vinculados a la criminalidad organizada y a los delitos caracterizados como de cuello blanco. Como ejemplo de concretas organizaciones que han hecho del lavado de activos un fenómeno o proceso criminal inexcusable, para asegurar sus réditos económicos, podemos mencionar a: la Cosa Nostra, la Camorra Napolitana, los Yakuza, el Cártel de Cali, o el Cartel de Sinaloa (Toyahama, 2011, p. 189).

1.2.4. Los delitos determinantes

El lavado de activos involucra el “ingreso de capitales generados sin los normales costos personales y financieros o industriales, ni carga tributaria, que dan lugar a una desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y el mercado” (Barral, 2003, p. 39). Las formas de obtención de los referidos capitales constituyen un atributo fundamental del lavado de activos, sus posibilidades de materialización dependen de la idoneidad de dicho objeto (activo ilícito), sujeta siempre a su origen delictivo denominado por la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, en su artículo 2 literal h, como *delito determinante*.

Una mejor aproximación a la definición surge del análisis de la estructura típica del mismo delito de lavado de activos, en consonancia con el análisis del delito de receptación e incluso del delito de encubrimiento real; las que también prescriben como exigencia previa a su comisión, la existencia de un delito que haya generado algún bien que constituirá finalmente el objeto sobre los cuales recaerán sus conductas típicas. Así, el delito determinante es el que genera los bienes objeto de

conversión y transferencia –artículo 1 del Decreto Legislativo 1106– y/o de ocultamiento y tenencia –artículo 2 del Decreto Legislativo 1106–, en el delito de lavado de activos; los bienes que serán objeto de adquisición, recepción, ocultamiento, venta o negocio, en el delito de receptación –artículo 194 del Código Penal–; y alguna huella, prueba o efecto, cuya desaparición se procurara en el encubrimiento –artículo 405 del Código Penal–. El delito determinante, es pues la conducta punible a través del cual se obtienen bienes que son necesarios de salvaguardar, utilizar o recapitalizar.

En nuestra legislación, conforme al segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, por un lado se establece un catálogo de delitos previos como los únicos idóneos para generar los bienes objeto material del delito; y al mismo tiempo se prescribe una cláusula con el enunciado *o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*, donde puede incluirse cualquier otro delito, condicionado a su capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de la receptación tipificado en el artículo 194 del Código Penal. Sobre esto, mediante Casación 92-2017 Arequipa, se asumió que los delitos que no revisten gravedad no podían ser considerados dentro del citado enunciado; pero tal postulado fue corregido por la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, que estableció en su fundamento 14, segundo párrafo, que la cláusula comprende toda actividad criminal que pueda producir réditos económicos de cualquier forma y en cualquier proporción o magnitud. No obstante, la delimitación efectuada por esta última, sin evaluar la cualidad productiva de los delitos determinantes, creemos afectaría principios elementales como de previsibilidad, legitimación democrática, seguridad jurídica en sentido estricto e igualdad, que buscan reducir los márgenes de

arbitrariedad y desigualdad. Esto, pues no todos los delitos por sí mismos podrían ser delitos determinantes, sino solo aquellos premunidos de ciertas características que pueden ser identificables y diferenciables; de considerar a cualquier delito como determinante, sin que se discierne sobre la capacidad de algunos y la incapacidad de otros para generar *activos ilícitos*, sin que se justifique los alcances de dicha capacidad y sin que se determine qué elementos adscriben a determinadas conductas ilícitas tal capacidad lucrativa, evidenciara relevantes inconvenientes interpretativos.

Por mencionar algunos ejemplos preliminares, no se podría sugerir que del delito de conducción en estado de ebriedad se derivan activos ilícitos que necesitan ser lavados para su explotación; nadie podría afirmar que la referida cláusula abierta admite delitos culposos o que esta circunscrita solo a aquellos delitos que revistan gravedad (García Caveró, 2013, p. 159). Hay quienes incluso identifican como delitos determinantes solo a los relacionados con la gran criminalidad, donde es relevante el Tráfico Ilícito de Drogas (Ore Sosa, 2018, p. 109). Así, es importante examinar si determinados hechos sancionados como delitos guardan la condición necesaria para dar origen a una ganancia ilícita, lo que permitirá asegurar una correcta investigación, procesamiento y/o sanción de las operaciones de lavado.

Aunado a lo anterior, la delimitación del Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2017-CIJ-116, que en su fundamento 14, segundo párrafo, especifica tres clases de actividades criminales con capacidad lucrativa ilícita (despojo, abuso y producción), no establece criterios jurídicos que permitan identificar tales categorías o que elementos permiten agrupar a determinados delitos en cada uno de esos criterios.

Además, está pendiente por determinar, que es un comportamiento o conducta económica y si basta un comportamiento económicamente productivo contrario al ordenamiento penal para constituir delito previo. Por tanto, sobre la base de la exegesis de las delimitaciones de los delitos efectuados por la dogmática, buscaremos establecer que delitos son los que deben ser o no considerados delitos determinantes del lavado de activos.

1.3. Definición de términos básicos

Lucrativo: Cualidad adscrita a determinados hechos o fenómenos, por la cual producen utilidad y/o ganancia de tipo patrimonial, la cual es susceptible de estimación económica (Real Academia Española, 2021).

Ganancia ilegal: Bienes de carácter patrimonial obtenido de la comisión de un delito; parte del patrimonio criminal que permite al agente interrelacionarse con el mercado de bienes, derechos y servicios (Gálvez Villegas & Delgado Tovar, 2013, pp. 75-93).

Operaciones de lavado de activos: Proceso económico, contable, financiero, bursátil, societario, comercial y mercantil (Paucar Chapa, 2013, p. 28), destinadas a introducir en la estructura económica y financiera, recursos provenientes de actividades ilícitas, es decir dar legitimidad a bienes provenientes de negocios turbios o fechorías (Lamas Puccio, 2016, pp. 88-89).

Delito determinante o previo: Acto ilícito que da origen al objeto (dinero, bienes, efectos o ganancias) sobre el cual va a recaer la conducta típica de lavado de activos (Callegari, 2009, p. 179), para ser introducidos a las estructuras económicas y financieras de los mercados.

Sistema mixto: Sistema de codificación que establece una relación de delitos precedentes del delito de lavado de activos, y al mismo tiempo una cláusula que amplía dicho listado a otros, bajo determinadas condiciones (Placencia Rubiños, 2014, p. 211).

Legalidad: Primacía de la ley, conforme al cual ningún hecho puede ser penado sin una ley que lo haya declarado previamente punible. Sus exigencias son: *lex praevia*, exclusión de la aplicación retroactiva de la ley penal; *lex scripta*, exclusión del derecho consuetudinario; *lex certa*, exclusión de las cláusulas generales; y *lex stricta*, exclusión de la extensión analógica de la ley penal (Bacigalupo, 1999, pp. 105-106).

Taxativo: Exigencia de la mayor precisión posible de la ley, para que los límites legales no se establezcan de forma oscura, insuficiente, dudosa o imprecisa; “limita y circunscribe a los términos y circunstancias expresamente indicados” (Cabanellas, Diccionario enciclopédico de derecho usual, 2008, p. 23).

CAPITULO II

METODOLOGÍA

2.1. Diseño de investigación

Este trabajo no tiene diseño experimental, pues no es su finalidad, el comprobar empíricamente nuestras hipótesis, siendo solo el de teorizar el tema propuesto. El método científico de investigación será la descriptiva, que implica observar y describir los fenómenos que conforman el tema; así, los resultados de la investigación podrán ser utilizados como una propuesta para establecer herramientas que permitan enfocar de mejor manera el tema.

El tipo de investigación es documental o teórica, pues se concretará en la recopilación de datos e información de fuentes documentales, a partir del cual se analizará el fenómeno referido a los delitos y sus capacidades para generar *activos ilícitos*; es decir, implicará la revisión y análisis de abundante material bibliográfico, para arribar a un buen planteamiento de la tesis, sustentado en su coherencia y profundidad. Esta investigación es “no experimental”, se limitará a observar y analizar las cualidades que corresponden a aquellos delitos con capacidad de generar *activos ilícitos* objeto del delito de lavado de activos.

2.2. Aspectos éticos

En el desarrollo del proceso de investigación se tendrá en cuenta las Normas Éticas de Investigación, resaltándose en ellos los siguientes: a) valor social o científico: A

fin de que la investigación tenga importancia social y científica, y nos conduzca a mejoras en el sistema judicial; b) validez científica: A fin de que la investigación esté bien diseñada y realizada, con resultados confiables y eficaces, generando conocimiento con credibilidad; c) proporción favorable del riesgo-beneficio: A fin de asegurar que los riesgos de la investigación sean mínimos en relación a los beneficios; d) condiciones de diálogo auténtico: El diálogo en la investigación se hace necesario, a fin de corroborar la información y darles fidelidad; e) evaluación independiente: La revisión de la investigación por personas conocedoras y con autoridad para aprobar, corregir, o suspender la investigación; f) honestidad e integridad: Deberes de cada autor y persona interviniente en el proceso de investigación, principalmente para velar por la autoría del contenido; g) proceso de revisión: Contribuye al control de calidad y es un paso esencial para determinar la situación y la originalidad de la investigación.

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. El lenguaje en la individualización de las normas penales

El ser humano es considerado un proyecto, en tanto que “la existencia precede a la esencia, o, si se prefiere, que hay que partir de la subjetividad” (Sartre, 2004, p. 27). Esto, permite afirmar que el ser humano, sujeto consciente, transforma su realidad o el ser de las cosas para obtener de ellas posibilidades. Percibimos e interpretamos la realidad, que se nos manifiesta en nuestras complejas interrelaciones. Pero su desciframiento se consolida por medio de nuestro lenguaje, a través del cual le damos consistencia a esa realidad; de ahí que se afirmaría que “los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo” (Narváez Mora, 2004, p. 50). Entonces, existe una relación estructural entre lenguaje y realidad.

El ser humano en su desarrollo histórico se configuró como componente inexcusable de las sociedades, habido de comunicación con los elementos de su realidad, lo que supuso coexistencia, como proceso en el que el individuo renuncia a sus arbitrios a cambio posibilidades de supervivencia y desarrollo. En ese proceso, el lenguaje en general y el lenguaje jurídico en particular, se consolidan como mecanismo de organización de su realidad. De ahí que, si bien inicialmente el derecho era solo la expresión de la costumbre, en algún punto se concibió a los conceptos normativos como una herramienta de construcción social, resultado de operaciones tendientes a hipostasiar las normas, entendido como el acto de considerar algo abstracto como una realidad (Real Academia Española, 2021);

constituyéndose así esquemas “para poder pensar, comprender y predecir de ciertos acontecimientos del mundo, así como para participar activamente en el mismo” (Cáceres Nieto, 2000, p. 60).

El derecho se consolidó como “la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos” (Bourdieu & Teubner, 2005, p. 198). Optándose en la mayoría de las sociedades modernas, por su codificación, para su instrumentalización, en búsqueda del mayor beneficio posible para la comunidad. En general, se identifica a las normas éticas, morales y jurídicas, en una compleja relación dialéctica; pero solo las normas jurídicas asumen una naturaleza coactiva, a través de un ordenamiento jurídico expresado en leyes escritas, que no son sino la codificación sistemática del lenguaje o de proposiciones lingüísticas. El derecho, es pues una realidad, su contenido léxico deriva de las diversas situaciones sociales. Independientemente de la concepción que asumamos, el derecho necesita o se manifiesta con y a través del lenguaje, de manera que las limitaciones y posibilidades de este, serán las limitaciones y posibilidades de aquel otro.

Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializan también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje (Aarnio, 2000, p. 12).

Las palabras que conforman un lenguaje “hacen referencia a una propiedad que se da en la realidad en grados diferentes” (Nino, 1980, p. 264), por ello, como todos los sistemas que dependen inescindiblemente del lenguaje, el derecho tiene

limitantes, en la medida en que las expresiones lingüísticas “presentan algún grado de indeterminación” (Gascón Abellán & García Figueroa, 2017, pp. 114-115), mientras que las palabras pueden tener “más de un significado o, lo que es lo mismo, expresar más de un concepto” (Moreso & Vilajosana, 2004, pp. 152-153). Como el derecho requiere de la máxima taxatividad, se ha buscado soluciones a esa indeterminación, mediante técnicas y metodologías de prescripción e interpretación de las normas; esta última en el sentido de “una interpretación “constructiva”, lo que prescribe asignar a un objeto el propósito o el sentido que le resulte mejor o más adecuado” (Pérez Bermejo, 2006, p. 150). Al respecto, podríamos mencionar el trabajo de Jeremy Bentham denominado “Nomografía o el arte de redactar leyes” (Bentham, 2004), referido a la ciencia de la legislación o del arte de legislar.

La norma penal como ejercicio del poder punitivo, al ser una construcción social integrada por expresiones y palabras que conforman el lenguaje, aunque podría también identificarse como metalenguaje, como “un lenguaje en el que podemos hablar acerca de otro lenguaje” (Popper, 2010, p. 336), está restringido por las limitaciones y racionalidad de dicho lenguaje. Su vigencia apela a la comprensión de su significado racional y al acatamiento por sus destinatarios. Por ello, tiene una estructura lógica, a partir del cual puede ser diferenciada y estructurada de acuerdo con valoraciones ontológicas, identificándose en su carácter básico, por ejemplo, una proposición de deber ser. En la diferenciación de la norma, tiene especial significado la génesis de este y su finalidad; pues pasa por una serie de etapas, como cuando el legislador decide que bienes han de ser objeto de protección. Esa construcción es inmanente al lenguaje, y así es como históricamente los códigos han sido sistematizados de manera tal que pueda ser comprensible y aplicable a la

realidad, sistematización que en términos llanos implica la asociación de las normas, por ejemplo, de acuerdo con su naturaleza y particulares elementos derivados de sus significados léxicos, lo cual además ha permitido comprender mejor los dispositivos y aplicarlos de acuerdo con su finalidad.

Esos términos, con prescindencia del debate que existe en torno a la forma concreta de cómo se desarrolla la relación entre el derecho y el lenguaje, evidencia que la naturaleza del lenguaje permite sistematizar el derecho, pues el sistema jurídico más que un conjunto de normas es un conjunto de palabras y expresiones léxicas, como proposiciones que configuran acciones que tienen lugar en la realidad (Cáceres Nieto, 2000, p. 86). Por lo cual se asemeja a la lexicografía, en el sentido de que permite la elaboración y el análisis crítico de las palabras que la conforman, bajo principios teóricos y metodológicos de la lingüística, y sobre los suyos propios.

En la concepción filosófica de HART, el análisis del lenguaje normativo en sus circunstancias de uso ordinario constituye una ayuda para entender el fenómeno jurídico, dado que es, en tales circunstancias, donde efectivamente se manifiesta nuestra propia comprensión de dicho lenguaje. El estudio de esa comprensión resulta relevante para determinar posibles analogías y diferencias conceptuales entre nociones tales como norma jurídica, norma moral o amenaza (Narváez Mora, 2004, p. 198).

Como se verá, los delitos son construcciones abstractas objetivadas, vinculadas al lenguaje, destinadas a delimitar un fenómeno concreto, determinando figuras complejas o unidades susceptibles de ser puestas en conexión con otras; por ello, contienen elementos que nos permiten clasificarlas, distinguirlas y/o asemejarlas.

En esa perspectiva, podemos identificar algunos ejemplos concretos; desde la unidad básica del lenguaje (la palabra), en el sistema jurídico los delitos han sido clasificadas desde las definiciones de palabras como persona, vida, salud, honor, dignidad, familia, patria potestad, libertad, indemnidad, intimidad, patrimonio, dinero, buena fe, sistema crediticio, patrimonio cultural, sociedad, seguridad, funcionario, servidor, padre, madre, Estado, orden económico, orden financiero y monetario, seguridad, humanidad, administración pública, administración de justicia, fe pública, medio ambiente, tranquilidad pública, paz pública, orden constitucional, etc.. Estos pueden asumir contenidos o significados diversos en contextos o realidades distintas; sobre cuya base, por ejemplo, nuestro Código Penal agrupa en su parte especial un catálogo amplio de conductas debidamente organizado en función de un bien o interés jurídico socialmente relevante.

Advertimos que, en el ámbito de la filosofía del lenguaje, se indica que su objeto de estudio, el lenguaje, está conformada de una parte inorgánica, el cual involucra el manejo de los signos, y una parte orgánica, el cual involucra comprender tales signos, significarlos, interpretarlos o pensarlos (Wittgenstein, 2009, p. 30). Desde esa perspectiva, el presente trabajo se enfoca en analizar el lenguaje usado en la construcción de los delitos, como proposiciones normativas léxicas, con sentido, validez y fuerza; e, identificar los elementos que permitan individualizarlos o clasificarlos, para luego desentrañar si de sus significados, se derivan la denominada capacidad de generar activos ilícitos, relevante para la constitución del objeto del delito de lavado de activos. A partir del cual determinar criterios lógico-racionales de interpretación y aplicación del derecho en el marco teórico propuesto.

3.2. Los activos ilícitos

3.2.1. Delimitación conceptual

La teoría ontológica propone que nuestra realidad está conformada por “el ser-en-sí y el ser-para sí” (Sartre, 2005, p. 123). Este es el ser de las personas en tanto subjetividad dotada de conciencia y libertad, aquella, el ser de las cosas u objetos, de las realidades no humanas. Lo que nos distingue de las cosas es la conciencia, el hecho de que nos relacionamos intencionalmente con ellas; y, la disposición para el otro (sociabilidad). Además, nuestra capacidad y necesidad para construimos en función de nuestros proyectos; constantemente debemos actuar y decidir qué hacer para construir nuestra existencia.

Las cosas adquieren significado a partir de las percepciones y valoraciones que hacemos de ellas. El ser humano, sujeto consciente, transforma el ser de las cosas, para obtener de ella posibilidades de supervivencia (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 27) y habitabilidad, en mayor medida, posibilidades de coexistencia. La acción humana se convierte en una realidad transformadora, lo que implica configuraciones culturales, sociales e históricas; dando forma al quehacer humano que incluye las obras incorpóreas, como la ley.

En las colectividades primitivas los objetos eran poseídos para satisfacer escasas necesidades, a partir de la simple aprehensión de los objetos. En la medida que las sociedades se fueron desarrollando, hubo mayor requerimiento de objetos para satisfacer mayores y más complejas necesidades; pronto surgió la producción y el

comercio, como actividades sobre los bienes que inicialmente eran libres y no requerían un proceso de transformación. En el intercambio comercial se usó inicialmente materiales preciosos y, más tarde, dinero, lo que constituyó que los bienes perdieran valor de uso para transformarse por la vía monetaria, en puro valor de cambio, estableciéndose un nuevo concepto de riqueza (Ruggiero, 2018, pp. 41-42); con lo cual cobra relevancia el concepto de lucro, vinculada al dinero, en la medida de que la riqueza expresable en dinero hace monetizable el beneficio, multiplicándose las operaciones lucrativas con la extensión del dinero y los procesos de mercantilización, las que están vinculadas también a actividades socialmente inicuas como la corrupción (Naredo, 2019, p. 103). Se asumió el concepto de bienes económicos, al cual se les atribuyó precio, que, al ser útiles y susceptibles de apropiación y bajo la perspectiva de que el “trabajo de nuestro cuerpo y nuestras manos es nuestro y lo que obtenemos de la naturaleza, mezclado con nuestro trabajo, se convierte en nuestra propiedad” (Ruggiero, 2018, p. 25), se denominó patrimonio.

Como, cualquiera que sea su origen, el lucro se plasma o puede plasmarse en dinero, constituye un *dominio* homogéneo que cabe clasificar atendiendo a la naturaleza de las actividades, operaciones o fenómenos que lo originan, que a su vez cabe clasificar en función de su incidencia económica, ecológica y social, como también puede clasificarse el lucro asociándolo a la distinta personalidad o función de sus impulsores o beneficiarios. Y para ello hemos de trascender el enfoque económico habitual con su metáfora absoluta de la *producción*, que ha venido desanimando cualquier intento de hacer una taxonomía del lucro, al presuponer que todo el lucro resulta en última instancia de los “valores añadidos” por las actividades de *producción*,

soslayando las múltiples vías que permiten a ciertas entidades, personas y países ampliar su capacidad de compra sobre el mundo (Naredo, 2019, p. 219).

Con el capitalismo surgió la ganancia como fenómeno inherente a las relaciones sociales con los bienes y sus condiciones de producción, estas se consolidaron como el acrecentamiento patrimonial resultante del trabajo o alguna actividad lucrativa. Al respecto, se ha indicado que el capital permite poner a trabajar a personas con capacidad de producción, con el fin de obtener una ganancia (Smith, 2019, p. 33); o, que el capitalismo es un modo de producción de mercancías, como forma elemental de la riqueza, para lo cual el capitalista adquiere el valor que crea la fuerza de trabajo y la posibilidad de conservar el valor de los medios de producción (Marx, 2019, p. 71). En ese sentido, “el capitalismo ha sido el primer hecho histórico realmente universal; así, la primera categoría global y universal habría sido el capital –y su manifestación reificada, la mercancía” (Gabilondo, 2019, p. 33). Por esto, con prescindencia de las concepciones que se hayan asumido sobre el capital con relación a la globalización, existen denominadores comunes concretados en el modo capitalista de producción, donde las ganancias o mercancías se erigen como el resultado de una conducta de emprendimiento humano, resultado del trabajo, entendida esta como una actividad transformadora de las cosas y el consecuente surgimiento de un beneficio. Aunque, en estos tiempos, tras la acumulación primitiva de capital y la acumulación propiamente capitalista (basada en la fabricación y venta de mercancías), se ha identificado una tercera fase de acumulación capitalista realizada por un reducido grupo a base de crear dinero financiero y activos patrimoniales vinculados al capitalismo local y al

desfalco del Estado; en tanto se reafirma que la idea básica del juego económico lucrativo, apunta siempre a la producción de riquezas (Naredo, 2019, p. 158).

En paralelo, las complejas interrelaciones surgidas durante los procesos históricos marcan un proceso de creación jurídica, convirtiéndose esta en un elemento autónomo para regular la sociedad, identificado en conjunto como derecho. Las normas que tienen origen consuetudinario acreditaban su vigencia en la repetición y consciencia de la conducta de las personas sometidos a ellas; pero, en las sociedades evolucionadas las normas se materializaron en derecho escrito. En la actualidad el derecho, por ende, las normas jurídicas, no solo consolidan las costumbres que se originan en el quehacer social, sino también la condicionan; para lo cual resultó trascendente determinar su carácter jurídico, desde su reconocimiento por un poder público dotado de fuerza coactiva. Ese amparo coactivo diferencia al derecho de las normas éticas que se fundamentan en códigos de conducta legitimados por criterios morales, por ello “el elemento coactivo determina la estructura proposicional de las normas jurídicas” (Serra, 1991, p. 40).

La norma por excelencia es la ley, que desde la perspectiva lingüística está conformada por proposiciones o palabras dotados de significado, esta es un garante de la seguridad y exponente de la legitimidad del ordenamiento. Su calidad transformadora está reconocida por diversas posturas filosóficas, así incluso la filosofía teológica tomista distingue aparte de una ley eterna, sabiduría divina en cuanto principio directivo, y una ley natural, prescripciones inscritas en la razón de todo hombre, una ley humana positiva, promulgada por el legislador con el objetivo de buscar el bien de la sociedad (Tomás de Aquino, 1993, p. 722-744). Las leyes

son prescriptivas en tanto tienen como objetivo la regulación de conductas, indicando lo que debería hacer una persona, limitando su autodeterminación. Suelen identificarse diversos tipos, entre ellas, las de mayor relevancia son las prohibitivas, las cuales modulan una conducta como prohibida; dentro de estas se encuentran las normas penales que proscriben conductas como delitos y la adscriben una sanción. A este se asocia el significado de ilegalidad, como todo acto o circunstancia que es contrario a la ley o está prohibido por ella (Cabanellas, 2008, p. 372); por ejemplo, matar a alguien por lucro es ilegal; mientras que lo legal, es lo que no se adecua a la norma jurídica prescriptiva, por ejemplo, comercializar objetos no prohibidos es legal.

La etiología delictiva ha sido justificada por diversas teorías criminológicas, así tenemos: la escuela clásica, según el cual el delito surge de la libre voluntad del individuo y no de causas patológicas; las teorías psicoanalíticas, según el cual el crimen deriva de mecanismos psicológicos; la teoría estructural funcionalista de la desviación y de la anomia, según el cual el delito surge de los medios de presión social del sistema hacia el ciudadano en pro del ascenso social o para alcanzar niveles de bienestar; la teoría de las subculturas criminales, según el cual el delito surge en los ambientes socioeconómicos más desfavorecidos, en la dificultad para acceder a los medios normalizados de socialización, desarrollándose pautas de comportamiento ajenas como instrumentos de promoción social y económica; la teoría del *labelling approach* o de la reacción social, según el cual el delito surge del proceso de atribución y control social de las definiciones estereotipadas de contenido negativo o etiquetado, estudia el efecto estigmatizante de la acción de la policía o de los órganos de persecución pública; las teorías conflictuales de la

criminalidad y del derecho penal, según el cual la criminalidad es un estatus social atribuido a alguien por quien tiene un poder de definición; la teoría de la criminología crítica, según el cual el delito surge de las relaciones sociales de desigualdad propias de la sociedad capitalista, denominado una teoría materialista de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, traza las líneas de una política criminal alternativa de las clases subalternas (Barata, 1986, p. 21).

Pese a la disparidad de tales propuestas, existe un hilo conductor. Como sucede en las conductas legales, las conductas ilegales implican también una transformación del mundo a partir de una conducta (acción u omisión humana), aunque en este caso sancionada por la norma. Además, la mayor parte de las conductas criminales se derivan de una relevante motivación económica; la perspectiva que mejor explica esto es la que aplica los criterios de racionalidad económica al análisis del crimen, desde el cual la conducta criminal supone que el agente ha decidido por desplegar una actividad ilícita, tomando en cuenta los costos y beneficios que involucran su comportamiento. Pero esto no debe entenderse en estricto sentido como que “el hombre es un maximizador racional de sus fines” (Posner, 2004, p. 54), lo cual ha sido cuestionado válidamente por la economía comportamental que indica que la gente no se comporta de forma racional, sino de que “los agentes económicos (como el delincuente) actúan de un modo que puede ser descrito como derivado de consideraciones racionales” (Aumann, 2012, p. 70). Sea por la búsqueda de un mejor estatus, superar la escasez monetaria, adquirir mejores niveles de bienestar o satisfacer apetitos superficiales, “la carrera por la riqueza y la fama puede forzar cada nervio y cada musculo en el intento de derrotar

la competencia” (Ruggiero, 2018, p. 97), de ahí que “el delito es visto como el fruto del deseo, sea este de trabajo, recursos, socialización, etc.” (Ruggiero, 2018, pp. 86-87). Esta explicación económica del crimen deriva de la noción de economía política, para el cual los procesos económicos se encuentran entrelazados con la estructura social.

Todos los individuos se enfrentan con una serie de restricciones físicas, económicas, legales y psicológicas, que limitan las acciones posibles que pueden realizar: las acciones coherentes con esas restricciones constituyen su *conjunto de oportunidad*. Asimismo, los individuos cuentan con deseos o preferencias que operan como criterio de selección de esas acciones posibles. Los individuos se presumen racionales en sentido instrumental, es decir, no eligen sus acciones por ser intrínsecamente buenas o malas, sino por los resultados que producen; y dichos resultados son evaluados con un criterio de maximización de su propia utilidad, conforme sus propias preferencias (Bermejo, 2015, p. 48).

En ese contexto, en determinadas actividades delictivas es posible identificar el denominado impulso rentístico, entendida como el arrojamiento hacia la “determinación a obtener una ganancia que se realiza a través de un arco de conductas posibles, algunas legales, otras no tanto y otras directamente delictivas” (Simonetti, 2016, p. 12). Este es el estímulo presente en la conducta criminal de los agentes, orientada a la obtención de bienes a través de conductas prohibidas, bajo la premisa de que en este caso sólo es posible ganar cuando alguien pierde algo. Luego, la conducta criminal puede ser asimilado a un ciclo económico empresarial, donde la ganancia potencial constituye el factor preponderante para que el agente delictivo enfrente

los riesgos, como el de ser atrapado. Como para el ámbito económico la fuerza de trabajo está a disposición y presupone la existencia del individuo, cuya producción involucra la conservación del individuo, por lo cual el valor de la fuerza de trabajo es el valor de los medios de vida necesarios para la conservación del poseedor de aquella fuerza (Marx, 2019, p. 124); el proceso de la actividad productiva ilícita acaecería del siguiente modo: sobre la base de una especulación lucrativa el delincuente emprende la acción ilícita productora, apoyado o no en instrumentos o herramientas que faciliten su conducta, por ejemplo, la sustracción de un bien del ámbito de custodia de la víctima; al apoderarse del bien, el delincuente ha hecho uso de una acción productiva contraria a la ley, su conducta se convierte así en su trabajo, como un medio de producción; la ganancia es el valor del bien apropiado.

Al referido interés rentístico se incorpora un fenómeno que podría denominar transferencia de valor ilícito, de modo que, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, cuando alguien se apodera de algo ajeno, no solo obtiene un bien derivado de su conducta productora ilícita, sino que le atribuye ilegalidad, al constituir los medios de producción, conductas prohibidas por ley. Sobre esa base, lo usual en el ámbito económico formal sería descontar al valor del producto, los costos que han implicado su producción, para obtener una utilidad neta; pues, en ese ámbito se indica que el origen de la ganancia es el plusvalor que proviene del trabajo apropiado por el capitalista y no pagado al trabajador.

Esto último en cuanto se refiere al decomiso trajo consigo dos propuestas: el principio de beneficios brutos y el principio de beneficios netos. Para la primera se deben decomisar todas las contraprestaciones y para la segunda se deben deducir

los costes (Bermejo, 2015, p. 225). En el ámbito jurídico penal es adecuado el principio de los beneficios brutos (Blanco Cordero, 2015, p. 362), en la medida que el emprendimiento económico ilícito formalmente no tiene valor; el derecho no puede amparar actos ilícitos, como se verá luego, solo maceren protección en el derecho las conductas productivas que tienen lugar dentro de un marco jurídico lícito o en una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. De ahí que la referida fórmula del capital, efectivo para las ciencias económicas, no se aplica en términos estrictos a la obtención de *activos ilícitos*; esto es relevante, por cuanto los delitos comprenden actividades de emprendimiento económico.

En consecuencia, los activos ilícitos son pues las utilidades que resultan de alguna actividad productiva ilícita del hombre. Un activo ilícito lo es porque su origen es delictivo, pero para efectos penales, tal origen delictivo no se refiere a cualquier acto ilegal, sino que debe tratarse de una ilegalidad derivada de la infracción de una ley penal; además, por delito no debe entenderse formalmente como la acción típica, antijurídica y culpable, sino solo a la acción típica y antijurídica (Callegari, 2009, p. 186). Con relación a los bienes derivados del delito y el agente delictivo, en la doctrina se ha identificado categorías que atribuyen a tales activos ilícitos funciones concretas en las decisiones delictivas, así se ha indicado que tales bienes constituyen: prueba del delito (*Bienes/Prueba*), cuya ocultación de su origen ilícito reduce el coste esperado correspondientes a la pena del delito previo; ganancia derivada del delito y destinada al consumo (*Bienes/Consumo*), cuya ocultación de su origen ilícito incrementa los beneficios esperados del delito previo al reducir la probabilidad de decomiso; y, ganancia destinada a la inversión (*Bienes/Inversión*),

por lo cual los bienes de origen ilícito aumentan los beneficios esperados del delito previo (Bermejo, 2015, p. 111).

Los activos ilícitos pueden tratarse de distintos tipos, comprenden los *corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos* –según el artículo 1, literal q, de la Convención de Viena de 1988–, incluido el dinero electrónico que es un valor monetario almacenado en soportes electrónicos –de acuerdo con el artículo 1, del Reglamento de la Ley 29985, aprobado por DS 090-2013-EF (del 13 de mayo de 2013)– y los títulos valores que representan patrimonio – según el inciso 1, del artículo 1, de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores–. Por eso, tales productos delictivos han sido conceptualizados de diverso modo y de manera indistinta al mero concepto de ganancias. Así, sobre la base de que pueden derivarse del delito o por el delito (Mendoza Llamacponcca, 2016, p. 306), lo que sostendrá que los actos de financiamiento delictivo constituyen conductas productivas, se habla por ejemplo de efectos, como objetos producidos mediante la acción delictiva, tratando de distinguirlas de las ganancias al ser estas las utilidades que se obtienen indirectamente por el delito. Pero estas no guardan diferencia sustancial o relevante.

Tradicionalmente han sido dos las categorías de bienes que han venido conformando el objeto material del decomiso: los *efectos* provenientes del delito, y los *bienes, medios e instrumentos* con los que se haya preparado o ejecutado. En tiempos recientes, se han sumado a este listado las *ganancias* que provengan del delito. En esencia, una trilogía de elementos cuya división teórica se puede efectuar sin mayores dificultades pero que en la práctica,

por *culpa* del legislador, se avienen las dificultades y los problemas interpretativos. En cualquier caso, estamos ante elementos económicos y patrimoniales cuya afectación al proceso penal no ocasiona un daño que, eventualmente, tenga que ser reparado (Rodríguez García, 2017, p. 150).

La mayoría de los tratados internacionales ha identificado una nomenclatura más amplia recaída en el término *producto*, como el concepto que permite abarcar toda ventaja económica proveniente de la actividad criminal, incluso comprender los productos sustitutivos o el producto indirectamente derivado (Blanco Cordero, 2015, p. 433), o los objetos de los delitos previos. La Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, define en su artículo 1, literal p), a los *productos* como *bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito*. En el mismo sentido se expresan el Convenio del Consejo de Europa en su artículo 1, literal p), la Directiva del Consejo de las Comunidades en su artículo 1, el Reglamento Modelo de la CICAD en su artículo 1, y la Convención contra la delincuencia organizada transnacional en su artículo 2, literal e). En la doctrina también se ha asumido una nomenclatura que permita identificar al objeto del delito y comprenda a los bienes en sentido amplio; así, se las ha identificado como el producto, beneficio, utilidad o ganancia del delito, incluyendo en esta última el precio, la recompensa o la promesa para cometer un delito (Fernández Bermejo, 2019, p. 38).

Desde esa perspectiva que trae consigo claras confusiones, debe usarse una sola nomenclatura, que debería ser el de *activos*, la cual abarca todo tipo de producto delictivo, indistintamente de su naturaleza. Descartándose términos como efectos,

ganancias o capital, pues lo que puede lavarse es cualquier clase de activo susceptible de ser reducidos a dinero (Lombardero Expósito, 2009, p. 42). Esto, permitirá abordar de mejor manera el problema planteado, enfocándonos más en el delito y comprendiendo de manera general que a partir de ellas pueden derivarse activos pasibles de ser introducidos al mercado económico solo a través del proceso de lavado de activos. Entonces, en lo sucesivo cuando se haga referencia a “activo ilícito”, esta comprenderá a todo producto (ganancias o efectos) derivado de la actividad ilícita (delito), comprendida como medio de producción ilegal. El rotulado de activo ilícito, implicara un mero cambio de propiedad, donde cobra relevancia la fuerza del trabajo ilícito, como la única que puede producir riqueza ilícita. Estos, pueden ser reinvertidos, generando una sucesión de activos, en función del cual podemos clasificarlos en aquellas que solo adscriben propiedades delictivas y aquellas que invertidas crean un nuevo valor, lo que será relevante al diferenciar las categorías de delitos determinantes.

3.2.2. El carácter no patrimonial de los activos ilícitos

Los activos ilícitos guardan correspondencia con los conceptos de bienes y cosas, las cuales conforman un patrimonio, en relación con el cual existen dos teorías que buscan explicar su naturaleza (Gonzales Barrón, 2019, pp. 312-314). Aquella denominada subjetiva para el cual el patrimonio es un atributo esencial de la persona, por lo cual no existe persona sin patrimonio ni patrimonio sin persona; y, aquella objetiva para el cual el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones orientadas hacia fines sociales y económicos, por lo cual es acorde con la necesidad de los negocios, pero involucra un riesgo de encubrimiento de

riquezas mal habidas. Tales perspectivas permiten establecer que patrimonio, equivale a determinar las relaciones existentes entre los bienes y la persona que lo posee; de ahí que actualmente se entiende por patrimonio, al conjunto de bienes y derechos que posee una persona, susceptibles de estimación económica (Real Academia Española, 2021). Esto, sin dejar de reconocer que existen derechos extrapatrimoniales, como la vida y la libertad, que no son disponibles.

El patrimonio se suele analizar desde una perspectiva económica y jurídica (Schlack Muñoz, 2008, p. 263), la económica sostiene que el derecho no puede darle ni quitarle patrimonialidad a una cosa, sólo puede determinar que su tráfico sea lícito o ilícito, por lo que la patrimonialidad está determinada por la capacidad del bien de satisfacer necesidades y su escasez; estas determinarán su susceptibilidad de tráfico en el mercado, incluso el clandestino. La jurídica establece que el patrimonio es un conjunto de relaciones jurídicas que poseen un valor económico, pudiendo la ley prohibir el tráfico de una cosa determinada, por ello se indica, “es una creación del derecho objetivo” (Hurtado Pozo, 2016, p. 544), reconociendo que uno de los elementos de la patrimonialidad, el valor económico, no es susceptible de asignación por el derecho, por lo cual el derecho puede quitarle patrimonialidad (en sentido jurídico) a un bien, pero no puede dársela. A estos se suma una perspectiva ecléctica, de conformidad al cual pertenece al patrimonio los derechos subjetivos en tanto estén dotados de valor económico de cambio (Schlack Muñoz, 2008, p. 278), es decir, de bienes con valor comercial sobre los cuales una persona puede disponer al amparo del ordenamiento jurídico. En ese sentido, el patrimonio tiene una esfera externa, por el cual se asume la identidad que el enfoque económico ordinario mantiene entre riqueza, propiedad y patrimonio,

valorables todos ellos en dinero (Naredo, 2019, p. 105); y también una interna, referida a la formación del patrimonio dentro de la legalidad. De esto se desprende que no tiene validez patrimonial, los bienes que si bien tienen valoración económica están fuera de los cauces legales, pues para que algo sea objeto del derecho de propiedad, debe ser económico y jurídico patrimonial, esa es la razón por la que no existe derecho de propiedad, por ejemplo, sobre las partes del cuerpo humano.

Así, en la presente tesis se asume la perspectiva ecléctica, sobre la base de la primacía de la realidad que el derecho no puede desconocer. De ahí que patrimonio es una formulación jurídica traducida en la suma de derechos y obligaciones de un sujeto, derivados de negocios o actos jurídicos lícitos; por ende, deben excluirse de su contenido aquellos derivados de negocios con objeto o causa ilícita, por tratarse de supuestos donde no se aprecia un derecho amparado en las prescripciones jurídicas. Por eso, considerando que las ganancias ilegales provienen de los actos de emprendimiento del ser humano, transformadores de su realidad, pasible de satisfacer alguna necesidad, ergo con valor económico; si bien constituyen patrimonio en sentido económico, no así en sentido jurídico, ya que ellas provienen de actividades proscritas por la norma. Al estar constituidos por bienes valorables monetariamente, obtenidos de la trasgresión de una norma, tienen potencialidad de generar efectos jurídicos en el tráfico económico y ser pasibles de transmisión, solo a través de los actos de lavado; pues incluso a nivel procesal está regulado la incautación y decomiso, lo cual se enarbola “como la punta de lanza de la estrategia general de recuperación de activos procedentes del delito” (Rodríguez García, 2017, p. 52). Sobre esa base, por ejemplo, expresamente se ha prohibido en el artículo 52 de la Ley del Impuesto a la Renta, el incremento patrimonial producto

de la comisión de delitos como peculado o cohecho, cuando señala que el incremento patrimonial no puede ser justificado con utilidades provenientes de actividades ilícitas.

3.3.3. La génesis de los activos ilícitos

Se ha establecido que el lucro puede ser clasificado atendiendo a la naturaleza de las actividades que lo generan, lo que llevó a distinguir lucro con contrapartida, y sin contrapartida o con contrapartidas virtuales o corruptas. Los lucros sin contrapartida (o con contrapartida virtual o corrupta) comprenderían aquellos derivados de actividades ilícitas como cohecho, robo, fraude o estafa (Naredo, 2019, p. 231). Entonces, existe un ámbito de las economías ilícitas de explotación de bienes y servicios proscritos, es decir, sustentados en medios de producción antijurídicos. Esta, es una estructura económica más, cuyo vigor se sustenta en su capacidad operativa y alta rentabilidad. Una economía que opera clandestinamente tratara de igualarse a la economía formal para interactuar con ella, surgiendo actividades económicas ilícitas que pueden terminar convirtiéndose en parte de una operación delictiva o una empresa criminal que administra los peligros que afectan sus metas (Duncan, 2014, p. 39)

El concepto de “empresa” no debe ser abordado desde una perspectiva mercantil, sino más bien desde una óptica económica en virtud de la cual sea considerada empresa toda aquella “organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado”, lo que privilegia la orientación hacia la actividad empresarial y deja de lado su aspecto meramente formal (la empresa como persona jurídica).

La “empresa”, para propósitos de la delimitación de su objeto de estudio, debe entenderse como *unidad económica* orientada por la *finalidad económica* (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2019, p. 38).

En el ámbito de la economía del narcotráfico, por ejemplo, se identifica una especialización de tareas orientada a la consolidación de las operaciones de campo y de la gestión económica y estratégica de la organización criminal; ocupándose de la producción y movilización de la mercancía, y procurar legitimidad para la entrada del dinero en el circuito financiero y de gestionar los riesgos. Pero además de explotar una economía ilícita, es una empresa productora de poder, en la medida que necesita de esta para consolidarse y evadir los peligros que el negocio conlleva, lo que se explica a través de la contradicción económica entre la protección ante los riesgos y el trabajo, no entre el capital y el trabajo como en los sistemas corporativos normales (Duncan, 2014, p. 39).

Se ha identificado como activos ilícitos a los bienes procedentes directamente del delito; a los bienes sustitutivos procedentes indirectamente del delito, adquiridos con las ganancias obtenidas por este; y, a los bienes en cadena que hayan sido sometidos al proceso de blanqueo (Ortiz Dorantes, 2001, p. 277). En esos parámetros, es posible identificar diferentes formas de producción de bienes en las economías ilícitas. El primero sería la generación de una conducta productora que recaer de manera directa sobre un objeto, está considerada un activo, al ser sometido a tal conducta adquiere el carácter ilícito; así tenemos el hurto, cuando la conducta somete el objeto ajeno, le adscribe ilicitud y resulta el activo ilícito. El segundo, sería con la generación de conductas productoras que recaen sobre

objetos no patrimoniales, pero de las cuales sobrevienen contraprestaciones; así tenemos la explotación sexual, servicio que genera bienes económicos desde la contraprestación, pero al resultar un servicio ilícito y al afectar bienes jurídicos esenciales como la libertad, tal contraprestación resulta un activo ilícito. La tercera y última sería cuando se utilizan los productos delictivos para la generación de otras rentas, lo que sería simple capitalización, proceso a través del cual se inyecta recursos a una empresa para aumentar su capital social (Tamames & Gallego, 2010, p. 138) y, con ello, garantizar su estructura y sus necesidades. Esto es relevante, pues permite diferenciar los bienes que derivan del delito y los que sirvieron para el delito, ergo, identificar los bienes objeto de lavado de activos.

En la configuración de la producción ilegal, la acción ilícita (proceso productivo) sería el capital de trabajo, haya sido o no ejecutada con objetos como herramientas del delito. La que surge de modo inmediato constituye un activo ilícito, que como cualquier bien puede ser usada para satisfacer necesidades o ser invertida para generar nuevas ganancias. Ese último fenómeno de capitalización de activos ilegales tiene amplias implicancias prácticas, pues no son sino procesos por el que una persona o empresa criminal, aumenta el capital de su actividad, para producir nuevos bienes a través de actividades económicas lícitas o ilícitas. En la medida en que una actividad ilícita genera activos ilegales que al ser introducidos al orden económico, alteran dicho orden y hacen que la actividad ilícita sea pretendida, por puros efectos preventivos y de acuerdo a criterios de política criminal, un activo es ilegal en la medida en que no solo provenga de una actividad ilícita sino que derive de un capital ilícito, es decir, las ganancias ilícitas primigenias como las sucesivas, para efectos penales, no tendrían que dejar de tener tal condición; por tanto, son

objeto del delito de lavado de activos. Así, el lavado de activos se configura como delito fuente de un nuevo acto de lavado, dando paso al “lavado por sustitución” (Caro Coria, 2017, p. 66), siendo posible que un capital obtenido de la inversión legal o ilegal de un capital ilícito puede ser considerado también capital ilícito.

En los procesos de sustitución pueden darse casos de mezcla o contaminación de activos lícitos con los ilícitos, y como el injusto del lavado de activos no puede reducirse “a cualquier contacto con los bienes originarios en la ejecución de conductas delictivas, dado que se termina atribuyendo a los bienes de origen ilícito una capacidad ilimitada de contaminación respecto a los de procedencia lícita” (Caro Coria, 2013, p. 211), existe la necesidad de diferenciar tales activos. Tanto más si la Convenciones de Viena y de Palermo recogen que las medidas de coerción reales, como el embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, sólo pueden afectar el patrimonio contaminado, exceptuándose los activos de fuente lícita. Al respecto, se han planteado diversas posturas de resolución, independientemente de la ruptura de la cadena de operaciones por intervención de buena fe, a modo ilustrativo, ya que no es objeto de la presente investigación, se puede mencionar la que postula que un bien no procede de un hecho delictivo cuando según la imputación objetiva se rompe el nexo causal existente de acuerdo con consideraciones normativas, esto es, cuando no es jurídicamente significativo (Blanco Cordero, 2015, p. 447).

A modo ilustrativo y a fin de evitar posteriores confusiones, cabe resaltar la diferenciación efectuada a nivel doctrinal entre capital negro y capital sucio; al

respecto es de consenso indicar que ambos permiten distinguir los orígenes que pueden tener los activos ilícitos. Así, el “capital negro” está asociada a aquellos bienes que se mantienen al margen del control del fisco, omitiéndose cumplir con el deber de contribuir al tributo por la explotación de este; y, el “capital sucio” es asociada a aquellos bienes que además de permanecer a espaldas a los circuitos económicos formales, derivan de actividades delictivas, como el tráfico de drogas (Bermejo, 2015, p. 114). Este último es el objeto del presente trabajo de investigación, en la medida de que buscamos individualizar a las actividades delictivas del cual podrían derivarse dichos capitales sucios.

3.3. La actividad delictiva previa

3.3.1. Definición

La forma distintiva que adopta una norma para motivar conductas es el intento de provocar que se cumplan las acciones debidas (obligación) mediante la amenaza de un acto de fuerza (sanción) para el caso de comportamientos contrarios a aquel deber (actos ilícitos) (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 130). Así, la sanción del lavado de activos se erige como un mecanismo de persuasión para obligar a las personas a las acciones debidas, por cuanto conforman comportamientos nocivos, en tanto involucran la mejor administración del dinero proveniente de un delito. En esta, el agente delictivo inicialmente intentará evitar que su acción sea descubierta por el sistema punitivo, luego evitar que el producto de su delito sea rastreado hasta su origen ilícito, finalmente cuando quiera hacer uso del producto se enfrenta al dilema de cómo explotar dicho producto sin que se cuestione su fuente. Como se advierte,

la generación de bienes a través del delito y la capacidad de los delincuentes de gastar ese producto, serían también actividades económicas, pero ilícitas en la medida que su ingreso al mercado está prohibido.

De ahí que debemos entender que las actividades delictivas previas son aquellas conductas económicas ilícitas, productoras de activos posibles de ser explotados por los agentes delictivos para la mediata o inmediata satisfacción de sus necesidades. Activos, si bien sin contenido patrimonial en sentido jurídico, dado su origen ilícito, con contenido y valor en sentido económico. Las que solo podrían ser aprovechados por los agentes delictivos, si son introducidos al mercado a través del proceso de lavado de activos.

Lo anterior nos llevaría a sostener que existe un nexo elemental entre el activo ilícito y el delito previo generador del activo. Si no está presente ese nexo o si se rompe por alguna circunstancia concreta, no existiría objeto idóneo para la configuración del delito de lavado de activos (Blanco Cordero, 1889, p. 122). El delito generador del activo ilícito es un componente básico del lavado de activos, si ese delito no es generador de activos ilícitos, desde la perspectiva del *homo economicus*, un monstruo antropológico que busca maximizar su beneficio (Cohen, 2013, p. 30), el emprendimiento no es productivo, ergo, el lavado no se podría materializar. Es productivo en tanto el agente puede ser visto como un *homo economicus*.

En una defensa de su trabajo sobre el delito como elección, el premio Nobel Gary Becker subrayaba que no deberías rechazar la idea de tratar a un infractor como a cualquier otro *homo oeconomicus*, recordando a los lectores que dos importantes figuras de la criminología en los siglos XVIII y XIX,

Beccaria y Bentham, ya aplicaron explícitamente el cálculo económico (Ruggiero, 2018, p. 12).

3.3.2. Regulación

El lavado de activos tiene su génesis en la represión de los actos posteriores al narcotráfico, atendiendo a que constituía un negocio ilegal lucrativo, a costa de la salud pública y estabilidad económica. Pero, progresivamente fueron ampliados los supuestos de donde se podían obtener *activos ilícitos*, y que eran necesarios de represión, más allá de los actos de narcotráfico. Esto, desde la perspectiva de que la “confianza en las sociedades actuales no podrá generarse automáticamente, al modo de una “mano invisible” reguladora de un libre mercado, es precisa la intervención del Estado” (Alcacer Guirao, 2001, p. 244).

Sobre esto, la Convención del Consejo de Europa de 1990, amplía a todas las infracciones penales el ámbito de las conductas que producen bienes susceptibles de ser lavados. La Convención contra la delincuencia organizada transnacional, alude a que los Estados sigan un sistema de lista de delitos previos que ha de incluir entre ellos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados. La Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción, impone a los Estados la obligación de velar por aplicar el delito de lavado *a la gama más amplia posible de delitos determinantes*. También entre las 40 recomendaciones del GAFI, nota interpretativa de la 3ª recomendación, se tiene lineamientos expresos acerca del delito fuente; así, este instrumento enuncia:

(2) Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques. (3) Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad. (4) Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, incluir una gama de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos (GAFI, 2012, p. 35).

Por su parte, en los sistemas jurídicos la doctrina ha identificado tres sistemas de prescripción de las conductas constitutivas de delito previo del lavado de activos, así tenemos: El sistema extensivo, la cual supone la descripción del delito previo con un criterio abierto, cualquier delito (Ortiz Dorantes, 2001, p. 137), aunque está en algunos casos adquiere ciertos matices de restricción, como aquella referida a la necesaria gravedad del delito, lo que ha permitido identificar que en algunos casos pueden quedar impunes diversas formas delictivas que no reúnan las características restrictivas pero dan lugar a cuantiosos activos ilícitos. El sistema restrictivo o cerrado, la cual supone la inclusión expresa en el texto de la ley, de un

grupo de delitos concretos como delitos previos, denominado sistema de “*numerus clausus*” (Pariona Pastrana, 2017, p. 114); si bien esta resulta ser la técnica más acorde con el principio de taxatividad, también podría configurar espacios de impunidad, en la medida de que es sencillo que muchas conductas ilícitas no incluidas en el listado queden impunes, lo que además obligaría a que exista una continua revisión del catálogo, en el entendido de que el derecho es evolutivo y cambia constantemente como cambian las relaciones sociales. Finalmente, el sistema mixto, lo cual ha significado adoptar una cláusula que incorpora un grupo genérico de delitos como delitos previos, pero al mismo tiempo incorporar una serie de delitos en concreto; esta sería un sistema adecuado siempre que se aporten elementos dogmáticos coherentes que permitan delimitar objetivamente dicha ampliación indeterminada, exigiéndose una construcción técnico-dogmática idónea para la determinación legal del delito previo.

Como ha sido evidenciado en apartados anteriores, el sistema adoptado en nuestro país es el sistema mixto de prescripción del delito precedente. Esto pues, con excepción de la receptación prescrita en el artículo 194 de nuestro Código Penal, nuestra actual regulación luego de efectuar un listado concreto de delitos previos por excelencia caracterizados por su particular gravedad extiende ese catálogo desde la cláusula “*o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*”, a otros posibles delitos fuente. Esto claro está, sin considerar la gravedad o la conminación penal, sino exclusivamente a todos aquellos que tengan aptitud para generar las utilidades delictivas. Manifestándose relevante que todos los supuestos deben versar sobre de delitos, excluyéndose las faltas y otros ilícitos extrapenales.

3.4. El delito como emprendimiento generador de activos ilícitos

3.4.1. La identificación del delito precedente

3.4.1.1. El principio de legalidad y el mandato de determinación

La ley en general rige la conducta bajo la expectativa institucionalizada de que los sometidos a ella no la violen (Silva Sánchez J. , 2003, p. 38). Con ello, el delito involucra la prohibición de una conducta humana, en consecuencia, resulta imperioso que el texto de la ley describa de manera clara cuál es esa conducta prohibida que será objeto de sanción, la “herramienta utilizada por el legislador para llevar a cabo esa individualización es el tipo penal al que se define como la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante” (Silvestroni, 2004, p. 128). Esto es conocido como principio de legalidad, lo cual es recogido en el artículo 2, inciso 24, literal d), de nuestra Constitución, con el siguiente texto: *nadie será procesado ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible*. Limitando así la actuación de los Poderes Públicos y estableciendo garantías en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales (Bustos Ramírez & Hormazabal Malaree, 1997, p. 80). Al respecto, en doctrina se ha identificado que esta contiene tres principios: reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), mandato de que la punibilidad de una conducta sólo puede ser establecida por ley; exigencia de taxatividad y certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), permite rechazar supuestos en que se somete a una ley penal un hecho que según su tenor literal queda fuera de ella;

y, exigencia de irretroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), permite que un hecho no puede ser sometido a una ley posterior (Bustos Ramírez & Hormazabal Malaree, 1997, p. 81).

Esta es pues una “garantía política de la fidelidad de los poderes públicos y consiste en el respeto por parte de estos de la legalidad constitucional” (Ferrojali, 1995, p. 943). Sobre esa base, se exige que, en el campo de la prescripción de normas, se tenga presente el principio de legalidad, que, en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fundamento 79 del caso de la Cruz Flores Vs. Perú –sentencia del 18 de noviembre de 2004– involucra *una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales*. Esto, implica que en la redacción de los delitos es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, lo cual fue resaltando también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 121, de la sentencia emitida el 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú; tanto más, si la legalidad exige que, para imponer una sanción, exista una ley anterior estrictamente delimitado. De este modo, nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 33, de la sentencia recaída en el Expediente N.º 00535-2009-PA/TC, resalta que recae en el legislador la exigencia de una mayor predeterminación normativa, que lo obliga a la redacción de las prohibiciones con un nivel de precisión suficiente que permita al ciudadano de formación básica comprender lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción. Esto no involucra que se exija al legislador una claridad y precisión absoluta, como también resalta el Tribunal Constitucional en el fundamento 46, de su sentencia recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC;

debido a que la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, lo que implica que resulta difícil llegar a una exactitud absoluta en la redacción de la ley.

Como los textos normativos son formulados en lenguaje natural suelen presentarse problemas al determinar el significado de las expresiones y palabras; tales problemas son identificados como ambigüedad, vaguedad y textura abierta (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 152). La ambigüedad, implica que una palabra o expresión tenga más de un significado o expresa más de un concepto; la vaguedad, que una palabra o expresión lingüística se refiera a ciertos objetos que sin duda no se aplica a otros pero que hay otros a los que es dudoso; y la textura abierta, es el desconocimiento que tenemos de las propiedades que puedan llegar a tener en el futuro los objetos. Al ser imposible formular una lista de todas las propiedades de los objetos, sobre las cuales se pueden dar variantes y combinaciones relevantes, pues no “existe un criterio que sirva para incluir o excluir todos los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles” (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 156), en determinados casos la oscuridad del texto es rescatado por la vía de la interpretación; por ejemplo, los conceptos de interés público o graves circunstancias que afecten la vida de la nación, son expresiones que hacen referencia a una esfera de la realidad cuyos límites son imprecisos, pero podrían ser compatibles con la legalidad, en la medida de que pueden ser circunscriptos bajo reglas lógicas, morales o de experiencia.

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en

que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una "textura abierta". Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho (A. Hart, 2009, p. 159).

En ese marco, para nuestro sistema jurídico penal el delito previo del lavado de activos es un concepto indeterminado, que puede concretarse utilizando criterios técnicos formales, jurídicos y económicos; ergo, son compatibles con el principio de legalidad penal. Esa concretización está sujeta a los particulares elementos que conforman cada tipo penal que les adscribe cualidades para generar bienes que pueden ser objeto del delito de lavado de activos; además, sujeta a elementos o conceptos de carácter económico, como la producción de bienes o renta. Esto, pues la textura abierta del lenguaje implica la existencia de áreas que permiten a los tribunales o funcionarios desarrollar su función productora de reglas, elaborando estándares de interpretación que le adscriben contenido o sentido. Así, resulta necesario diferenciar doctrinalmente y con criterios sólidos, cuáles son los delitos con capacidad de generar *activos ilícitos*, en la medida que la cláusula abierta permite incluir sin parámetros fijos otros delitos indiferenciadamente, entre las cuales existen delitos que sancionan conductas que por su naturaleza, no podrían generar activos ilícitos objeto del delito de lavado de activos. Todo lo cual es relevante, pues permitiría de *lege ferenda*, a nivel legislativo, formular una cláusula abierta mejor demarcada, y de *lege lata*, a nivel judicial, para que, en la adscripción

de las normas penales a un caso particular o específico, se efectúe respetando la razonabilidad, lógica y coherencia normativa.

3.4.1.2. El delito fuente y el tipo objetivo del Lavado de activos

Algunas posturas sostienen que para la configuración del delito de lavado de activos no basta la afirmación genérica de que los bienes son ilícitos, sino que se debe probar que provienen de alguno de los delitos contemplados en la ley; no existiendo autonomía sustantiva del lavado de activos respecto del delito que originó los bienes ilícitos (Pariona Arana, 2016). No obstante, en la actualidad, en nuestra jurisprudencia ha quedado resuelto que el delito previo del lavado de activos es autónomo, por lo que no es necesario acreditarlo en el proceso de lavado de activos o que haya sido acreditado en un proceso distinto, bastando con establecer una vinculación razonable de los hechos materia de lavado con dicho delito previo. Esto, se desprende del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, el cual prescribe 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. A razón de ello, se ha afirmado que la acreditación del delito de lavado de activos no depende de la acreditación del delito previo generador del activo ilícito objeto de las operaciones de lavado, basta que ese objeto tenga una vinculación con una actividad criminal previa, y no un delito circunscrito a un espacio, tiempo y modo específico.

En artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, si bien no estima necesario que las actividades criminales que produjeron los activos hayan sido descubiertas, tampoco exime de la obligación de determinar el origen ilícito de tales activos. Para efectos de una sentencia condenatoria, independientemente del medio probatorio requerido, se debe tener certeza de que el producto económico ilícito deriva de una conducta delictiva; pues su naturaleza jurídica la vincula a la premisa de que su objeto (activo ilícito), deba derivar necesariamente de una conducta sancionada como delito. Esto, no involucra considerar el delito previo como elemento normativo del tipo de lavado de activos, lo sería únicamente el origen ilícito del objeto del lavado de activos, ergo esta debe ser objeto de prueba, pues “el requisito relativo a la existencia anterior de una infracción convierte al blanqueo, como ocurre con el encubrimiento y la receptación, en un delito de referencia, aunque autónomo” (Souto Miguel, 2005, p. 213).

Al respecto, se ha indicado que el lavado de activos requiere “acreditar a través de la prueba indiciaria que quien ejecuta una de las conductas criminalizadas en los artículos 1, 2 y 3, conoce o debía presumir que los activos objeto de sus acciones tienen un origen criminal” (Prado Saldarriaga, 2013, p. 328). De ahí que la cuestión radica en que el conocimiento o el deber de presumir del origen ilícito de los activos debe partir de una base cierta, careciendo de relevancia típica el conocimiento de algo que no existe. En consecuencia, descartándose que los activos tienen procedencia delictiva, es decir, no derivan de un ilícito, se excluye el injusto típico de aquellos actos de lavado por más que el autor obre con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

La Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, establece que bastaría la acreditación de la actividad criminal de modo genérico. Lo cual no involucra la no acreditación, sino que exige la determinación del hecho delictivo aun en sus aspectos o elementos esenciales (Herrera Guerrero, 2016, p. 219), para considerar una imputación formalmente válida. De ahí se desprende la importancia de delimitar a los delitos que cuentan con la cualidad de ser productoras de los activos ilícitos, objeto del lavado de activos, en tanto que, si se postula un delito previo que no tiene dicha cualidad, comprensiblemente, no puede configurarse el lavado de activos.

3.4.2. Los delitos con capacidad de generar activos ilícitos contenidos en la cláusula abierta

El ámbito macroeconómico evidencia que el lavado de activos perjudica gravemente la estabilidad y solidez de los sistemas financieros (Reátegui Sánchez & Reátegui Lozano, 2017, p. 52); en consecuencia, las estructuras sociales. De ahí que el lavado se ubique entre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Fernández Bermejo, 2019, p. 37). Desde una perspectiva político criminal la prescripción del lavado de activos tiene varias finalidades, como la de recuperar los activos del mercado ilegal, pues ellas colocan a los agentes delictivos en posiciones económicas especiales; o, la de combatir la rentabilidad de las actividades criminales que atacan todas las estructuras sociales, por ejemplo, con la constitución de los denominados narco estados, del cual incluso se deriva el delito económico político, que emplea el poder económico para quitar la libertad a los ciudadanos o destruir el sistema social constituido (Naucke, 2015, p. 96).

El fundamento de esto se encuentra en la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizadas que alcanzan las altas esferas de poder o los más altos estratos de las organizaciones incluso estatales, las cuales encuentran su base en la constitución de nuevos riesgos para la sociedad y la consolidación de la inseguridad, esto pues, estamos frente al surgimiento y desarrollo de un derecho penal nuevo para la sociedad denominada del riesgo o de riesgos y sociedad de objetiva inseguridad (Silva Sánchez , 2001, p. 27).

En México, ha sido el narcotráfico el que ha desfigurado por completo la estructura estatal tradicional, ya que requiere la libre circulación ilegal de capital y droga. Sin embargo, el narcotráfico ha desvelado la lógica policial que funciona en cualquier otro país. Por una parte, el Estado mexicano puede dejar a un lado la exigencia del bienestar de sus ciudadanos para dirigir su atención a la violencia policial contra el narcotráfico. Pero, por otra, dado que el narcotráfico se ha convertido en un sector importante de la economía mexicana, el propio Estado ha comenzado a tomar parte en la guerra entre traficantes, como en cualquier otro negocio, por lo que prioriza la circulación del capital y las drogas por encima de la ciudadanía. Entre 2006 y 2007, la violencia del narcotráfico se saldó con una cuenta de 234.000 muertos (Hernández Borbolla 2017). En este sentido, México no es una sangrienta excepción, sino uno de los mejores ejemplos, en su radicalidad, de la nueva estructura interna del actual Estado policial neoliberal. Así, el feminicidio que aún hoy en día se sigue produciendo en las ciudades mexicanas con industria de maquiladoras o fábricas en la frontera con Estados Unidos no es un suceso monstruoso e incomprensible,

sino el principal indicador de la violencia ejercida por el Estado en conjunción con sujetos no estatales (Gabilondo, 2019, p. 135).

En esos contextos se ha regulado en los diversos Estados, el delito de lavado de activos, principalmente como un delito de resultado cortado, con el que se busca “un resultado que afecta al agotamiento y no a la consumación de este, que tendrá lugar cuando se consiga la finalidad de enmascaramiento de los bienes o se ayude a eludir las consecuencias legales de los actos realizados” (Fernández Bermejo, 2019, p. 33). Esta, requiere la previa realización de una actividad criminal idónea para producir su objeto material; por eso se ha dicho que, si “el sujeto actúa, creyendo que los bienes sobre los cuales recae su conducta no proceden de un delito sino de una mera infracción administrativa, estaría actuando amparada por un error de tipo” (Cervini-Cesano & Terradillos Basoco, 2008, p. 60). Entonces, no puede admitirse el lavado de activos en los casos donde el delito previo carece de aptitud para generar activos ilícitos. Por tanto, recogiendo las delimitaciones típicas efectuadas en amplia doctrina de la parte general del derecho penal, en lo subsiguiente efectuaremos un análisis de los elementos o aspectos dogmáticos que nos permitan delimitar los delitos con aptitud de generar activos ilícitos, ergo, delimitar cuales son aquellos delitos incorporables en la cláusula “*o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*”. Esto, bajo la premisa ya analizada, de que los delitos precedentes están condicionados a una motivación económica, y explotar estos beneficios es el incentivo determinante de aquellas conductas delictivas, “de modo que también el beneficio económico opera como razón determinante de la acción” (Bermejo, 2015, pp. 78-79).

3.4.2.1. La perspectiva de homogeneidad del bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es un criterio que, como una máxima, cumple una función relevante en el ejercicio del derecho; por ejemplo, este permite la sistematización de los tipos penales y orientar la labor hermenéutica del derecho, estableciendo un marco jurídico de interpretación de las normas y un límite del *ius puniendi*.

De una parte, en relación con la *legislación* (y por tanto en un sentido directamente político-criminal) dicha función ostenta una enorme significación en tanto opera como *hilo conductor* para la *fundamentación y limitación* de la génesis y formulación de los tipos penales, así como para su *sistematización* en el marco del Código Penal. *De otra parte*, ha de servir como *ayuda* a la *aplicación de los preceptos* recogidos en la Parte Especial, en tanto funciona como criterio orientativo de la interpretación (Kahlo, 2016, p. 49).

Este, es pues una condición necesaria para el desarrollo de la persona y la sociedad, y suele significar objetos materiales o inmateriales, intereses o derechos, que requieren protección o prevenir su afectación. Por ello, acertadamente se ha establecido, entre las funciones de la teoría del bien jurídico (Hormazabal Malaree, 1992, pp. 9-10), los siguientes: a) *Límite del ius puniendi*, para que el legislador limite su actividad en la producción de normas penales que protejan exclusivamente bienes jurídicos; b) *Teleológica*, constituyendo un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance; c) *Exigencia para el legislador*, en orden a dirigir su actividad sólo a la protección de bienes jurídicos; d) *Garantizadora*, pues sólo puede ser efectiva en la medida que la teoría sea capaz

de indicar qué y por qué se protege; y e) *Legitimación material*, de la norma penal, que como expresión formalizada de control necesita ser justificada racionalmente.

Con prescindencia del bien jurídico protegido asociada al delito de lavado de activos que ha sido objeto de amplio debate, debemos enfocarnos en sus criterios generales. En ese sentido, partiendo de la Recomendación 4 del GAFI, resaltamos la importancia del decomiso y de las medidas provisionales en la lucha contra las actividades delictivas, sobre el cual indica que se deben adoptar medidas que permitan congelar o decomisar y confiscar, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: bienes lavados, producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes; bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas; o bienes de valor equivalente (GAFI, 2012, p. 12). Esto, pues la delincuencia vinculada al delito de lavado de activos tiene un enorme coste humano, social y económico, cuyos agentes delictivos constantemente buscan sacar provecho de las lagunas en el ordenamiento jurídico; además, la actividad delictiva de la naturaleza de delincuencia organizada o empresarial produce ingente rentabilidad que puede y suele posicionar a los agentes delictivos dentro de un selecto grupo con amplios poderes, que incluso le permiten influenciar en las actividades políticas estatales. De ahí que la prescripción del lavado de activos está orientada a “proteger a la sociedad del aumento de estructuras mafiosas y capitales ilícitos potencialmente peligrosos para bienes jurídicos en el futuro” (Blanco Cordero, 2015, p. 747).

Lo anterior me lleva a sostener que la prescripción de lavado de activos se enmarca en una especial lucha contra los ingresos económicos ilícitos, lo que está íntimamente unido a manifestaciones delictivas de carácter económico y a buena cuenta involucra un emprendimiento lucrativo. Por ello, la posibilidad de su punibilidad estaría supeditada a la homogeneidad de esa finalidad con la del delito previo, es decir, que el bien jurídico del lavado de activos guarde semejanza con el bien jurídico del delito previo. El delito de lavado de activos es de estricto carácter económico, cuya conducta típica recae sobre objetos de carácter lucrativo; de ahí se deriva que sus delitos determinantes, aquellos que generan sus activos, solo podrían estar conformados por conductas típicas que recaen sobre bienes económicos o que impliquen un emprendimiento económico de generación de recursos. Se descarta aquellas conductas que tengan como móvil, por ejemplo, aspectos morales, pues ya se ha justificado que, en toda actividad delictiva previa, debe estar presente un particular impulso rentístico.

Esa perspectiva nos lleva a identificar qué los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales previos deben guardar cierta homogeneidad con los fines represivos del lavado de activos. Sobre esa tesis, del examen general de nuestro actual Código Penal –Decreto Legislativo 635–, podemos identificar dichos delitos previos. Así tenemos los delitos contra: el patrimonio, la confianza y la buena fe en los negocios, los derechos intelectuales, el patrimonio cultural, el orden económico, el orden financiero y monetario, la seguridad pública, el medio ambiente, la tranquilidad pública, la defensa y el estado nacional, la administración pública, y contra la fe pública. Estos contienen tipos penales que prescriben conductas típicas que involucran actos de emprendimiento lucrativo, las mismas que están

destinadas a la consolidación de un lucro, que incluso suele ser desarrollada en un contexto de criminalidad organizada, y puede generar ingentes activos que vulnerarían o pondrían en peligro la estabilidad de los sistemas económicos y las estructuras sociales. En estos existe cierta homogeneidad entre el bien jurídico del delito previo y el del lavado, en la medida en que las conductas sancionadas involucran actos de afectación a bienes de contenido patrimonial o lucrativo.

En relación con lo anterior, cobra relevancia el criterio del lucro como agravante genérica de la Parte General del Código Penal, prescrita en su artículo 46, inciso 2, literal c, que señala como circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, el ejecutar *la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria*. Se entiende que el libro primero del referido código contiene una serie de reglas comunes a todas las figuras delictivas reguladas en su libro segundo, denominada parte especial, referida a los delitos, y en el libro tercero, referido a las faltas. Entonces, tal categoría general debe evaluarse en la interpretación y aplicación de la ley penal; al estar referida al delito en general y a sus subelementos. Es así como una conducta típica que en su estructura no comprende actos de emprendimiento económico, puede mudar y constituir un típico delito previo, si conforme a esa referida categoría general, se desprende un impulso rentístico, es decir, con prescindencia de que la descripción típica del delito no consigne dicha motivación.

Como se advertirá existen delitos que tienen una motivación claramente lucrativa, sea porque su estructura típica incluye dicha motivación (obtener lucro) o por la

naturaleza de las conductas típicas (actos de comercialización ilegal). También existen tipos que pueden contener la referida motivación lucrativa sobre la base de la citada cláusula general; y se advierte también que existen tipos a las que no se les puede adscribir la referida motivación lucrativa, ni en sus cláusulas específicas ni en la cláusula general, es decir, tienen nulo impulso lucrativo.

Como delitos que pueden constituir delitos previos, pese a no contar en su construcción con un impulso rentístico, siempre que en ellos medie un móvil de lucro, lo cual a fin de cuentas implica un acto de emprendimiento; tenemos los casos de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Esta se encuentra conformada por conductas que atacan a la persona física, que es el objeto final directamente tutelado, pero también podría salvaguardar otros intereses subyacentes. Uno puede matar por venganza, odio, placer, etc., por lo que en general, estos no guardan relación con conductas que impliquen la generación de activos similar al de alguna empresa criminal. Sin embargo, de manera excepcional tales conductas pueden implicar un acto de producción lucrativa, cuando se presente la codicia como “una distorsión de la personalidad marcada por una inclinación exagerada al lucro” (Marín, 2008, p. 71), como cuando el agente mata a su hermano para ser el único beneficiado de la masa hereditaria.

Con relación a lo anterior, existen conductas que, si tuvieran móvil lucrativo desde la perspectiva de una agravante específica, convertiría la conducta en un supuesto típico distinto, sustituyendo está a la primera como delito previo. Como ejemplo, tenemos el delito de prevaricato (artículo 418), el delito de detención ilegal (artículo 419), el delito de negativa a administrar justicia (artículo 422), el delito de negativa

al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales (artículo 423), o el delito de omisión de ejercicio de la acción penal (artículo 424). Estos son cometidos bajo un móvil de contraprestación ilícita, lo que constituiría una actividad productora, son sustituidas como delitos previos por otras conductas típicas, como lo serían los delitos de corrupción. Esto mismo pasa con el referido delito de homicidio por mandato o sicariato, sancionado como delito independiente, que involucra el matar a una persona por precio, como dinero u otra ventaja de índole patrimonial, la cual es “el móvil que impulsa la acción” (Marín, 2008, p. 70); como cuando se mata a cambio de una contraprestación, convirtiéndose así la conducta en una empresa criminal productora de activos ilícitos, conformando las conductas en típicas actividades productivas ilícitas, semejantes a las estructuras de los delitos contra el patrimonio o económicos.

Ahora, también se advierten concretos tipos penales orientados a la protección de bienes jurídicos que no guardan ninguna vinculación con la finalidad típica del lavado de activos; esto es, la prevención de actividades nocivas para el sistema económico y las estructuras sociales desde una perspectiva empresarial. Así tenemos, por ejemplo, los delitos que comprenden la protección del honor, los delitos contra la familia, contra la humanidad, contra los poderes del estado y el orden constitucional, y contra la voluntad popular. Estos no están conformados por conductas que involucren por si mismos actos típicos de emprendimiento lucrativo ilícito, pues solo buscan fortalecer valores esenciales como la familia, la dignidad o la organización política del Estado. Salvo algunas excepciones, como en el caso de los delitos contra la familia, el delito de participación en pandillaje pernicioso (artículo 148-A), que contiene conductas típicas destinados a atentar contra el

patrimonio, en consecuencia, a la obtención de lucro ilícito; y, en el caso de los delitos contra la voluntad popular, el delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas (artículo 359-A).

Lo que sucede en tales casos, es que los bienes jurídicos no son homologables al del lavado de activos, o el objeto sobre el cual recaen las conductas típicas no están orientados a la generación de activos ilícitos, idóneos para la afectación de los fines represivos del lavado de activos. Su objeto tiene orientación puramente moral y/o política, no circunscrita a un emprendimiento económico. Podemos citar como ejemplo, el caso del delito de omisión a la asistencia familiar, en esta el agente omite cumplir sus deberes alimenticios, sin que medie motivación de lucro, es decir, de generar ganancias para su inversión posterior, sino únicamente por motivaciones morales, de escasez de recursos, incluso de venganza, pero no de producción o generación de renta.

En los referidos supuestos se podrían añadir los delitos de odio, las cuales se configuran cuando el hecho es perpetrado por un móvil de odio o desprecio hacia la víctima, grupo social, o minoría, por edad, raza, género, religión, etnia, condición económica, nacionalidad, afiliación política, orientación sexual o identidad de género, es decir, motivadas por "*prejuicios*" (Reátegui Sánchez, 2015, p. 33) éticos. En los delitos contra en honor, resulta relevante el caso Magaly Medina –querrela presentada contra Magaly Jesús Medina Vela por José Paolo Guerrero Gonzáles, por el delito de Difamación, resuelta por la Corte Suprema mediante R. N. N.º 449-2009 LIMA–, donde se vulnero el honor, generando renta por publicidad. Pero esta no es cuantificable en términos estrictos, no existe pérdida patrimonial efectiva ni

ganancia frustrada o dejada de percibir, el perjuicio patrimonial de la víctima solo se sostiene sobre el daño moral, por lo que los derivados de estos no podrían ser activos objeto de lavado. Además, las “dificultades de establecer una noción de honor se explican, quizás, por el carácter inespecífico de honor, valor personal, e, igualmente, por la imprecisión relativa de la noción de bien jurídico” (Hurtado Pozo, 2016, p. 472), de ahí que la noción de honor varía constantemente de acuerdo con las concepciones sociales y morales vigentes, y por tal situación tiene un contenido indeterminado, lo que no sucede con los bienes o activos ilícitos relacionados al delito de lavado de activos.

En ese mismo contexto, se descartaría cualquier móvil de lucro, ergo no constituyen delitos con capacidad de generar activos ilícitos, los casos de los delitos de exposición o abandono peligroso (artículo 125), omisión de socorro y exposición a peligro (artículo 126), omisión de auxilio o aviso a la autoridad (artículo 127), y exposición a peligro de persona dependiente (artículo 128). En estas, las conductas no pueden ser asimiladas a un acto de emprendimiento lucrativo o no podrían contener el referido impulso rentístico, es decir, obtener activos ilícitos para la satisfacción de necesidades. Tanto más, si la característica común de estas infracciones es el de peligro abstracto, que se circunscribe a formular juicios (apreciación subjetiva) para destacar la situación de peligro (Hurtado Pozo, 2016, p. 704), es decir, es igual de indeterminada las situaciones de peligro a valorarse, lo que no sucede con los bienes jurídicos relacionados al lavado de activos.

Los referidos postulados, pueden ser aplicados también en algunos supuestos típicos de delitos contra la libertad de trabajo y asociación (artículo 168), en la

medida de que esta se orienta a proteger algunos derechos laborales, como el de sindicación, ejecución de decisiones (administrativas o jurisdiccionales) y de protección contra el despido arbitrario (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2019, p. 19); además, el atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo (artículo 168-A), lo que resguarda la seguridad e integridad personal del trabajador y su libertad laboral (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2019, p. 25); y, el trabajo forzoso (artículo 168-D), lo cual resguarda el no sometimiento de otra persona a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no. Todos los referidos supuestos típicos en general tienen móviles de carácter estrictamente ético o moral, si bien pernicioso, no necesariamente económico; con excepción del último caso, en el supuesto de que el trabajo no sea retribuido, pues estaríamos frente a un conducta productora, ya que el valor del trabajo constituirá el activo ilícito, que derivaría del bien o servicio producido y ofertado en el mercado, esto se condice con la figura de la esclavitud la cual esta proscrita en todos los ámbitos legales. Finalmente, tenemos los supuestos típicos referidos a los casos contra la libertad sexual, tales como la violación sexual (artículo 170), violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (artículo 172), violación sexual de menor de edad (artículo 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174), violación sexual mediante engaño (artículo 175), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (artículo 176-A), acoso sexual (artículo 176-B), y chantaje sexual (artículo 176-C). En todos estos, es un denominador común el hecho de que sancionan conductas que involucran conductas o abusos de carácter erótico o pasional, por lo

que es poco probable que se presente el impulso rentístico, aunque no podría descartarse, la premisa es que su bien jurídico no es homologable al del delito de lavado de activos.

3.4.2.2. El criterio según el grado desarrollo del delito

Se ha dicho que, para encontrarnos en un supuesto de lavado de activos, ha de tenerse un delito cometido previamente, del cual se haya producido activos ilícitos a lavar. De ahí que, de manera preliminar, puede entenderse que se requiere un delito previo consumado, que permita al agente la obtención de activos ilícitos. Sin embargo, sobre esto, el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116, en su fundamento 11, remarca la posibilidad de que existan supuestos en los que el delito previo, puede estar constituido por actos anteriores a la consumación o incluso a la tentativa. Por lo cual, en lo subsiguiente, delimitaremos la posibilidad de que puedan ser considerados idóneos para generar activos ilícitos, ergo, constituir delitos precedentes, las conductas típicas según su grado de desarrollo.

Es ampliamente difundido que la realización de un delito doloso envuelve una serie de etapas que en conjunto ha sido denominado *iter criminis*; que constituye el camino que recorre o ejecuta el agente, fijado en diferentes etapas, para conseguir su cometido. Esta se inicia “con la decisión de realizar determinada conducta, luego se prepara su realización, se pasa después a la ejecución de la conducta, se alcanza su plena realización y, finalmente, se satisface el interés perseguido” (García Caveró, 2019, p. 807). Tales fases son divididas por temporalidad, en fase interna y externa, cada una con sus respectivos momentos: la fase interna se

desarrolla en la mente del autor, sin que exista exteriorización de actos; y la externa, abarca la plasmación del plan criminal y termina con la consumación del resultado, estas se identifican con los actos preparatorios, la tentativa (donde puede concretizarse el desistimiento), la consumación y el agotamiento (Villavicencio Terreros, 2009, p. 415).

A. La ideación delictiva

En la etapa de ideación delictiva, se identifica las subetapas de deliberación, premeditación y resolución criminal de realizar el acto delictivo. Como es de opinión común, la regla general es que la ideación sea impune (Villavicencio Terreros, 2009, p. 416). Por lo que no debe ser sugerida esta etapa, para efectos de delimitar los delitos previos con capacidad de generar activos, al no constituir ilícitos penales en estricto. Además, la simple ideación no implica un acto objetivo o material de emprendimiento lucrativo; al solo quedar en la mente del agente, no permite producir o generar materialmente, un activo ilícito pasible de ser sometido al proceso de lavado de activos.

B. Los actos preparatorios

Los actos preparatorios son actos externos destinados para procurar las condiciones o instrumentos necesarios para la realización del delito, sin entrar en su ejecución (García Caveró, 2019, p. 808); constituyen la preparación de una futura lesión del bien jurídico. En contextos excepcionales, sobre una justificada peligrosidad objetiva, dan lugar a la imposición de una consecuencia jurídico-penal.

La incriminación excepcional puede tener lugar por medio de la criminalización general de ciertas formas de preparación especialmente graves o a través de la tipificación de específicos actos de preparación en relación con la lesión de determinados bienes jurídicos. Lo primero da lugar a los llamados actos preparatorios punibles como es el caso de la conspiración, la proposición y la provocación de delitos graves en el derecho penal español (delitos *sui generis*). Lo segundo lleva a la configuración específica de delitos de preparación en los tipos penales de la Parte Especial, como podría ser la tenencia de instrumentos peligrosos o la conformación de una organización criminal (García Caveró, 2019, p. 809).

Es relevante analizar los supuestos de conspiración y financiamiento delictivo como delitos autónomos. Existe conspiración, cuando los agentes conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo procurándose de los instrumentos necesarios para su realización; lo relevante es que colectivamente varias personas, en virtud de sus intereses en la consecución de una misma finalidad delictiva, procuran cometer un delito que no harían por separado (Cuello Contreras, 1978, p. 18). Existe financiamiento, cuando los agentes aportan o reciben aportes de carácter económico para su inversión en la ejecución de un delito; así se habla, por ejemplo, que el financiamiento del terrorismo, como delito autónomo, “consiste en recaudar fondos lícitos o ilícitos, a fin de financiar terroristas, organizaciones o actos terroristas” (CONTRALAFT, 2018, p. 15), y no requiere que los fondos sean utilizados ni que estén vinculados a un acto terrorista específico. Al estar criminalizados de manera autónoma, de ellas pueden derivarse activos ilícitos, ergo constituir delitos previos; por ejemplo, en los casos delictivos que impliquen

financiamiento, al desplazarse el aporte económico hacia el agente u organización criminal, para la comisión del delito, este se convierte en instrumento del delito posterior al del financiamiento y al mismo tiempo se convierte en el activo ilícito derivado de este, la cual requerirá de un trato especial para evitar su incautación; en este caso, el activo ilícito derivado de la conducta típica de financiamiento, está orientada a la comisión de un delito posterior. Esto sucede en los casos delictivos de conspiración, pero con relación a los instrumentos aportados para la comisión del delito conspirado; así se ha reconocido que “la provocación, proposición y conspiración para cometer un delito son hechos típicos y antijurídicos y, por tanto, susceptibles de constituirse como delito previo” (Ortiz Dorantes, 2001, p. 175).

El análisis de nuestro Código Penal nos muestra que existen varios tipos preparatorios definidos en su Parte Especial (García Cavero, 2019, p. 809), a través de los cuales se produce un adelantamiento de la línea de defensa penal. Así, son delitos independientes los actos de conspiración para el sicariato (artículo 108-D); conspiración para la rebelión, sedición o motín (artículo 349); conspiración para el narcotráfico (artículo 296); financiamiento de la minería ilegal (artículo 307-C); muy recientemente financiamiento prohibido de organizaciones políticas (artículo 359-A); organización criminal (artículo 317); marcaje o reglaje (artículo 317-A); entre otros, como el de conspiración para promover, favorecer o facilitar el terrorismo, según Decreto Legislativo 1233, que tipifica el delito de conspiración para el terrorismo mediante la incorporación del artículo 6-B al Decreto Ley 25475, norma que establece la penalidad para los delitos de terrorismo, sin mencionar los diversos tipos que sancionan actos de promoción o favorecimiento delictivo.

Examinando los supuestos de conspiración, constituirían activos ilícitos los bienes aportados para la comisión del delito posterior. En los casos de financiamiento, constituirían activos ilícitos, los aportes o contribuciones destinados a obtener los instrumentos para la comisión del delito; y, en los casos de promoción o favorecimiento, por ejemplo, del Tráfico Ilícito de Drogas, constituirían activos ilícitos los bienes aportados como capital de inversión para facilitar todo el proceso de producción, elaboración y comercialización de las drogas ilícitas. Al respecto, en los términos expuestos en el fundamento 4.2, de la Resolución de Extradición 29-2015-Lima, del 20 de marzo de 2015, constituyen típicos rendimientos económicos (activos ilícitos) los productos derivados de los actos criminales ejecutadas por las organizaciones criminales. Cabe precisar que los actos de rebelión, salvo su financiamiento, no constituyen actos idóneos para generar activos ilícitos, ya que esta tiene solo contenido político y no de motivación económica (Reátegui Sánchez, 2015, p. 729); pero esa motivación o impuso rentístico si está presente en su financiamiento, pues el lucro es consustancial al objetivo o intención de obtener los instrumentos y medios logísticos de carácter pecuniario, bienes que facilitarían ex post la conducta delictiva sobreviniente.

Asimismo, debe comprenderse que los actos de financiamiento generan activos ilícitos pues sus recursos financieros o logísticos respaldan actos ilícitos posteriores como el terrorismo. Estos conforman redes de captación y suministro de capitales que luego pueden ser aplicados en beneficio de grupos criminales, aunque en estos casos los activos suelen tener un origen menos sospechoso o cuestionable, pues en muchos casos su procedencia es legal y está sustentada (Prado Saldarriaga, 2016, p. 330). Al cometerse la conducta, dichos activos adquieren ilicitud, por tanto,

constituyen activos ilícitos objeto de lavado, lo cual constituye lo que se ha denominado delito-hallazgo que fundamentaría la punibilidad por lavado de activos.

Así, se dice que si una compra-venta de drogas no hubiera llegado a consumarse por la intervención policial, el dinero incautado no sería materia de un lavado de activos. O, si se hubiera pagado por adelantado por la mercadería y este dinero hubiera sido utilizado para adquirir bienes, tras lo cual no se hubiera llegado a concretar la contraprestación (entrega de la droga y recepción del resto del dinero), sería discutible si ha habido o no además del delito de tráfico ilícito de drogas, delito de lavado de activos. Sobre esto ya se ha pronunciado el Acuerdo Plenario N° 7 (fundamento 9 a 11). En principio allí se dijo, correctamente, que en estas transacciones, si ella ya se hubiera producido, “todo lo que se haga luego para dar apariencia de legitimidad a tales ingresos será un acto o delito de lavado de activos” (fundamento 9, segundo párrafo), pero si la acción es frustrada de alguna manera (por la policía, un accidente, etc.) y no se hubiera producido la transacción, no se habrá producido “pago alguno a recibir ni tampoco ingresos ilegales que motiven la necesidad de posteriores actos de lavado. En tales casos no cabe promover la acción penal por delito de lavado de activos, pero si por el delito de...” (fundamento 9, tercer párrafo). Pero si el pago se hubiera hecho en todo o en parte antes de la entrega y con esta parte se hubieran adquirido bienes (p.ej. aeronaves, barcos vehículos) que se usan para trasladar carga ilegal y que hubieran sido declarados de manera falsa como bienes lícitos, entonces estos actos de adquisición, registro o transporte “pueden ser calificados, en sí mismos, como operaciones de lavado de activos, ya que procuran ocultar el origen de

ingresos provenientes de acciones delictivas” (fundamento 10). (Abanto Vázquez, 2017, pp. 185-186).

En consecuencia, cabe plantear la admisión de los actos preparatorios punibles, que ya constituyen delitos, como idóneos para generar activos ilícitos. Salvo excepcionales y concretas circunstancias, por ejemplo, algunos han postulado que la punición de actos preparatorios incluye “la adquisición de determinadas habilidades cuando éstas vayan a emplearse para llevar a cabo un acto terrorista” (Puschke, 2010, p. 5). Del cual por obvias razones no se deriva activo ilícito alguno, pues los conocimientos y habilidades humanas no podrían ser patrimonializados, salvo su consideración como trabajo mercancía, pero esto debe involucrar su intercambio comercial del cual recién podría derivarse un bien económico valorable.

Con relación a los actos preparatorios no punibles, estas deben ser excluidos, ya que colisiona con el mandato de determinación (Blanco Cordero, 2015, p. 382), en el sentido de que su nota identificativa es el carácter facilitador de la conducta respecto de un delito futuro, y no conforman una conducta objetiva penalmente relevante. Al respecto, acertadamente se ha dicho que los actos preparatorios no punibles, constituyen conductas pre-ejecutivas, que implican un peligro remoto o de intensidad débil (Farré Trepas, 2011, p. 255), ergo, la conducta no sería capaz de generar peligro relevante para el bien jurídico, requiriendo siempre de una actuación ulterior. Además, la regla general es la impunidad de los actos preparatorios, por lo mismo no estaríamos frente a un ilícito penal, pues no existe ni tipicidad ni antijuridicidad de alguna conducta exteriorizada y productora de activos ilícitos; y, su injusto está condicionado por el del delito de referencia, por lo

cual el acto preparatorio “es valorativamente dependiente del hecho principal” (Rimo, 2017, p. 9), excluyendo toda conducta que precede al tipo penal, en la medida de que no presenta un injusto autónomo. Esta cualidad es la razón de ser del castigo del tipo preparatorio (punible), por ejemplo, el delito de transporte de droga (correo de drogas), es un paso previo a la posterior comercialización de la droga, también sancionado por otra figura delictiva, pero dicho acto contiene un injusto autónomo conectado a una genérica afectación a la salud pública, y no de manera concreta al riesgo de realización del posterior delito, de ahí que constituye una conducta punible autónoma, naturaleza que está adscrita por el legislador.

C. La tentativa

La tentativa involucra la ejecución de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Esta presupone “la resolución a la realización del tipo como elemento subjetivo, la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo como elemento objetivo y la ausencia de la consumación del tipo como factor negativo conceptualmente necesario” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 775). Existen dos tipos: la inacabada, cuando el autor no ha realizado lo necesario para alcanzar el resultado por la suspensión de la voluntad de ejecución o circunscritas externas; y, la acabada, cuando el sujeto realiza todos los actos de ejecución tendientes a la producción del resultado, pero no se produce por la intervención voluntaria del sujeto o circunscritas externas (Villavicencio Terreros, 2009, p. 436). Suponen la puesta en peligro del bien jurídico, pues son actos exteriores reveladores de la voluntad de delinquir; por eso, en este opera el principio de punición.

La tentativa se erige como un tipo dependiente, dado que siempre tiene que estar sujeta a un tipo ya prescrito, no existe una tentativa por sí mismo, “sino solo, por ejemplo, asesinato, hurto o estafa intentada” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 775). De ahí que los delitos intentados son idóneos para generar activos ilícitos, tanto más si lo son determinados actos preparatorios punibles; por ejemplo, el supuesto en el que se produce el robo de una bien mueble, prontamente frustrada por intervención de terceros, no estando el objeto en potencial disponibilidad del agente, teniendo presente que conforme al fundamento 10 de la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A, la consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad potencial de la cosa sustraída, entendida como posibilidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa, lo cual puede ser momentánea, fugaz o de breve duración; estaríamos frente a un activo ilícito derivado de un delito tentado, si no es decomisada o incautada, o recuperada y trasladada al dominio a su legítimo titular.

La conducta tentada genera una independización del objeto sobre el cual recae la conducta y la conducta misma, por lo que en ese caso si un tercer sujeto toma posesión del objeto sin haber intervenido en el hecho criminal previo, pero teniendo conocimiento de su origen, por ejemplo, al transferirla para evitar su identificación, estaría cometiendo el delito de lavado de activos. De ahí que, en los grados de realización del delito previo, el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116, en su fundamento 11, exige la tentativa, en la medida en que generen bienes idóneos para ser objeto de lavado y constituyen hechos penalmente relevantes, en nuestra legislación al amparo del texto del artículo 16 del Código Penal. Así, de forma unánime se resalta “la necesidad de que el delito precedente se encuentre, como supuesto mínimo, en

grado de tentativa para que este produzca ganancias o efectos” (Pariona Pastrana, 2017, p. 113).

Con relación a lo anterior, tenemos la denominada tentativa inidónea, que es “cuando la acción del autor dirigido a la realización de un tipo penal, bajo ciertas circunstancias, no puede alcanzar la consumación del hecho por razones fácticas o jurídicas” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 796); y los delitos irreales, que es “cuando el autor se representa erróneamente la punibilidad de su comportamiento” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 800). Ambos se ven excluidos al no constituir conductas previas idóneas (transformadoras) y suficientes para generar activos ilícitos; esto último también sucede en los casos de ausencia del tipo. En general, lo anterior se resuelve recurriendo a la peligrosidad de la acción o el grado de adecuación para producir el resultado, denominado peligro inherente al intento (Quintero Olivares, 2015, p. 416), característica que indica una falta de capacidad potencial de la conducta típica para generar activos y en consecuencia el desvanecimiento del impulso rentístico en dicha conducta.

De otro lado, en el marco del delito tentado existe lo que se ha denominado desistimiento, el cual consiste en que el agente se desiste en forma voluntaria de la comisión del delito y evita la consumación o se esfuerza seriamente a que no se produzca dicha consumación, aun cuando de todos modos tenga lugar, “en la comunidad se compensa parcialmente la impresión jurídicamente perturbadora de un hecho y, a causa de ello, merece indulgencia” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 810). Al respecto, se entiende que cuando el sujeto ha iniciado los actos ejecutivos, los cuales son de carácter objetivos y subjetivos, la conducta debe ser calificada

como una acción típica y antijurídica, en consecuencia, estamos frente a un ilícito penal relevante; esto es, pese al desistimiento del agente delictivo, este ha actuado de forma típica y antijurídica, por ende, ha ejecutado un acto de emprendimiento lucrativo que puede devenir en la generación de activos ilícitos relevantes que requieran ser sometidos al previo proceso de lavados de activos para su uso o explotación. El carácter ilícito del activo permanece inalterado, pese a que la conducta generadora pueda tener condición no punible, es decir, los activos no dejan de ser ilícitos, no obstante, se prescinda de la punibilidad del delito previo.

D. La consumación y el agotamiento

La etapa consumada del delito implica la plena realización de la conducta típica, junto a ese concepto formal, existe un concepto material que alude a la “realización del injusto del delito que sirve a la conformación del tipo penal, por lo que abarcaría aquellos actos que, estando fuera del tipo penal, forman una unidad de acción con la conducta típica” (García Cervero, 2019, p. 838), por ejemplo, la disposición del bien ajeno o la obtención de la ventaja indebida en los delitos patrimoniales. Luego, tenemos la etapa de agotamiento, la cual abarca todos aquellos actos destinados a conseguir los fines del delito perpetrado y consumado.

En ambos casos ya se han generado activos ilícitos; por ejemplo, en la extorsión o hurto consumado, se han obtenido activos que tendrían que ser introducidos al mercado económico para su explotación; o la renta procedente de alquilar el bien robado. Tanto más, si es suficiente que el hecho delictivo anterior sea típico y antijurídico, lo que incluso posibilita considerar que se pueden generar activos

ilícitos en supuestos donde el agente ha actuado en situaciones de inculpabilidad o de causales de exención de pena o extinción de la acción penal. Por ello se ha afirmado que no es relevante ni la culpabilidad ni la punibilidad, si estamos en supuestos de consumación, tentativa o de actos preparatorios punibles, de los cuales pueden derivarse activos ilícitos idóneos (Caro Coria, 2013, p. 206). Esto mismo pasa con las causas de extinción del delito precedente, como la prescripción, que son irrelevantes pues los “efectos y ganancias producidos por el delito prescrito siguen siendo de carácter ilícito: el transcurrir el tiempo no limpia ni legaliza a dicho producto criminal” (Pariona Pastrana, 2017, p. 143). El activo ilícito solo tendrá apariencia de licitud a través del proceso de lavado, característica que no pierde pese a su eficiente ensombrecimiento. Las únicas formas de que el capital recobre licitud, es por su decomiso o incautación; su reincorporación al ámbito de dominio del titular legítimo; o en los supuestos de mezcla, en los casos de ruptura de la cadena de operaciones por intervención de terceros de buena fe. Al respecto, la ocultación es lo que caracteriza al blanqueo, y esta “se encuentra presente en todos los casos, ya sea que se trate del blanqueo de un delito de hurto cometido por un infractor individual o de un delito de tráfico de drogas vinculado al crimen organizado” (Bermejo, 2015, p. 109).

Es preciso hacer mención que en la doctrina se ha postulado que, “si el acto posterior realizado por el mismo autor constituye una consecuencia lógica del delito precedentemente cometido, lo razonable es entender que, aunque esta conducta posterior puede subsumirse en otro tipo penal, se trata de un acto de agotamiento” (García Caveró, 2019, p. 844). Al respecto, si el acto posterior realizado por el autor del delito no puede ser considerado la materialización de los fines que le impulsaron

a cometerlo y reúne los elementos constitutivos de una figura delictiva, se habrá lesionado un bien jurídico distinto al que corresponde al delito precedente, lo que hace que, en dichas circunstancias, deban ser tratados como un caso de concurso de delitos (García Caveró, 2019, p. 845). Por ello, acertadamente se ha indicado que, en esos supuestos, relacionados al lavado de activos y el delito previo, existe una “relación de integración” (Souto Miguel, 2005, p. 216), lo que involucra que el lavado de activos no es ni dependiente ni es accesorio al delito previo, bajo la lógica de que los bienes ilícitos producidos por el delito previo se integran de forma independiente al contenido sustantivo del lavado de activos, implicando de este modo una nueva conducta delictiva. Esto involucra que los actos de lavado de activos, al estar tipificados de forma independiente, constituyen conductas delictivas distintas; razonamiento que tiene amplio crédito en la jurisprudencia.

3.4.2.3. El criterio según las clases de tipos penales

En los apartados precedentes, hemos hecho referencia a la relevancia del lenguaje en la individualización de las normas. Sobre esa base, la dogmática penal recoge una serie de clasificaciones de los tipos penales, elaborados bajo criterios léxico jurídicos; bajo la perspectiva de contar con un mejor enfoque metodológico para la prescripción, interpretación y aplicación de los preceptos normativos en las complejas relaciones interpersonales. Esa creación, o con mejor precisión, identificación de las clases de tipos penales permiten comprender el ordenamiento jurídico, desde la racionalidad del lenguaje. En esa perspectiva, las clasificaciones de los tipos penales son también relevantes en lo atinente a identificar aquellas conductas delictivas que son posibles de generar activos ilícitos objeto de las

operaciones del delito de lavado de activos, ergo, constituir delitos precedentes. Por lo que, en subsecuente recogeremos las importantes clasificaciones de los tipos penales elaborados por la amplia dogmática penal, a fin de identificar las principales características o elementos identificatorios y clasificatorios de los delitos, para a partir de ahí, evaluar si en los casos específicos, estos permiten identificar o delimitar a los delitos precedentes del delito de lavado de activos.

A. Los delitos dolosos y culposos

El delito doloso constituye la punición de conductas que se producen de forma consciente y querida (Wessels, Bulke, & Satzger, 2018, p. 21), lo que no se requiere en el delito culposo, por lo mismo, en esta la distinción entre el aspecto objetivo y el subjetivo no tiene relevancia, aunque se hable de un aspecto subjetivo que estaría compuesto por la posibilidad de conocer el peligro que la conducta trae consigo (Bacigalupo, 1999, p. 244).

El “resultado ha de entenderse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva” (Roxin, 1997, p. 417); de ahí que se puede hablar de dolo cuando la posible realización del tipo forma parte de los cálculos del autor. Por ello, la regla general debe ser que los delitos dolosos son aptos para generar activos ilícitos, pues la convicción generalizada es que estos son de mayor incidencia social, por lo cual la conducta del autor implica una mayor responsabilidad. Salvo los casos excepcionales derivados de la naturaleza de los delitos relacionados a la producción de rentabilidad, como los delitos de violación sexual, cuya finalidad no es la producción de rentabilidad, sino

la de satisfacer instintos lascivos, o que no guardan coherencia con la afectación de los sistemas financieros o económico propios del delito de lavado de activos.

Es indudable que los tipos dolosos en general son idóneos para generar activos ilícitos; lo cual, es concordante con las actuales regulaciones en los diversos países del mundo, que incorporan taxativamente solo delitos dolosos al catálogo de delitos previos. La generación de activos ilícitos se produce a partir de conductas desplegadas con dolo directo de primer o segundo grado, o dolo eventual. Como se sabe, en el dolo de primer grado, la voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí, sin que se excluyan otros objetivos; en el de segundo grado, la voluntad abarca el fin mismo como un resultado típico adicional y necesario derivado de los medios elegidos; y en el dolo eventual, el resultado es tomado como posible (Zaffaroni, 2002, p. 523), se asume en la voluntad realizadora una consecuencia posible, la resolución involucra la aceptación de la posibilidad de producción del resultado, por ello, quien actúa con dolo eventual también está demostrando menosprecio por el bien jurídico, lo cual debe ser reprochable.

De otro lado, no resulta relevante el dolo previo a la ejecución, pues el dolo, en la fase preparatoria, no es punible como tal, por ejemplo, cuando alguien se dispone a hurtar un bien, pero frente a la oposición de la víctima comete robo, igualmente se producen activos ilícitos; o cuando el agente recibe una contraprestación para matar a alguien, pero la muerte se produce porque al agente se le escapa el disparo por error, antes de disponerse a realizar la acción ejecutiva, igual ya se produjeron activos ilícitos, derivado de una manifiesta intención dolosa. Esto último, porque resulta difícil saber si el sujeto habría pasado realmente a la fase ejecutiva;

teniéndose certeza de su ánimo doloso es posible afirmar que si ha generado activos ilícitos, incluso pese a que pueda responder por homicidio imprudente y no necesariamente doloso. Con relación al dolo subsiguiente, igualmente carece de relevancia, pues sólo puede hablarse de realización del delito cuando esta existía antes de acometer la acción; asimismo, carece de relevancia los supuestos de dolo alternativo, pues estas pueden existir uno junto al otro. En todo caso, pueden derivarse activos ilícitos, siempre que en general concorra dolo “en el momento en el que el sujeto se dispone a la producción del resultado” (Roxin, 1997, p. 454).

Los supuestos de los delitos culposos han sido objeto de amplio debate. Estas suelen ser definidas como la falta de previsión de un resultado, el mismo que puede producirse por imprudencia o negligencia. Su reproche tiene base en el incumplimiento de los deberes de cuidado (Villavicencio Terreros, 2009, p. 387), creando o incrementando un riesgo, y poniendo en peligro o lesionado el bien jurídico protegido.

Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción. Dicho de otra manera: el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable, y ello se explica porque la mera creación de un peligro no es suficiente para la imputación culposa. (Zaffaroni, 2002, p. 549).

Existen dos clases de delitos culposos o comúnmente llamados imprudentes, la consciente y la inconsciente. En la primera, el agente si bien no quiere causar el resultado, advierte la posibilidad de que esta puede sobrevenir de la creación del peligro por él generado; en la segunda, no sólo no quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera prevé su posibilidad, pese a tener los conocimientos que le permitirían representarse esa posibilidad, no tiene consciencia de la creación del peligro (Zaffaroni, 2002, p. 550). La diferencia está entonces en la previsibilidad.

En ese contexto, un delito culposo no sería idóneo para generar activos ilícitos, pues está su falta de relevancia e incluso la concreta situación de que suele ser sancionado de manea excepcional y con poco marco punitivo. La imprudencia, es “aquella forma de la evitabilidad en la que fata el conocimiento actual de lo que ha de evitarse..., la imprudencia frente al dolo es con sus elementos positivos, el concepto más general” (Günther, 1997, p. 382); es decir, pone de manifiesto la incompetencia del agente en el manejo de sus asuntos, de ahí que la imprudencia es punible solo cuando así se establezca expresamente. Por tanto, deben excluirse “como ilícitos penales previos del delito de lavado de activos, los delitos culposos” (García Caveró, 2007, p. 504); además, en la realidad, la culpa no es más que el producto de un error, lo que no puede ser asimilable a conductas productivas o emprendimientos lucrativos. Esto, por cuanto como se ha explicado, los actos de lavado están orientados a evitar el desmedro económico sobre bienes que han sido generados con intención y un particular impulso rentístico.

Solo aquellas conductas destinadas a aspectos económicos de lucro pueden generar activos ilícitos objeto de lavado. Una conducta destinada al lucro es una

que no es asimilable a la imprudencia o negligencia, sino única y exclusivamente con una acción transformadora o productiva. Lo cual se condice con los convenios internacionales que establecen como delitos previos solo delitos de carácter doloso. Es más, si se hace una hermenéutica de los delitos culposos recogidos en nuestro Código Penal, podemos advertir que, de los escasos delitos culposos, ninguno es idóneo para generar activos ilícitos objeto de lavado; así, por ejemplo, el delito de lesiones culposas por conducción en estado de ebriedad, nadie podría sostener o justificar razonablemente que en esta podría presentarse alguna finalidad de lucro.

Asimismo, no existe una razón suficiente para perseguir los bienes provenientes de los delitos culposos de manera posterior a su consumación. Si bien constituyen hechos delictivos y sus instrumentos, objetos o efectos deberían poder ser igualmente decomisados sobre la base de la conducta culposa, no así como objetos del lavado de activos, en la medida de que esta última busca que los actos previos se consoliden como un negocio o actividad económica, por su gravedad, ejecución intencionada y perniciosa. Un delito culposo, cuyo reproche tiene base en el incumplimiento de los deberes de cuidado, no implica actividad económica ilícita grave y ni siquiera es altamente perniciosa. La punición de estos solo busca que la ciudadanía esté atenta a sus deberes para evitar posibles perjuicios.

Como se ha dicho, los delitos culposos no criminalizan acciones por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado, distinto al final, presupone de parte del causante un peligro; es decir, la acción puede tener una finalidad, pero la prohibición no se sustenta en ella sino en el resultado previsible y evitable, no “se ordena la acción final de conducir cuidadosamente sino que se prohíbe la acción

final de conducir descuidadamente, pues de lo contrario existirían supuestos en que se impondría lo imposible” (Zaffaroni, 2002, p. 552). Esto permite concluir que un delito culposo no tiene capacidad de transferir ilicitud al activo producido, no puede significar una actividad productiva que el delito de lavado de activos busca evitar, porque no están imbuidos de una particular finalidad lucrativa. Así, se ha admitido que “son muy escasas las posibilidades de que un delito imprudente genere bienes” (Blanco Cordero, 2015, p. 385). A todo ello, la Convención de Estrasburgo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de Productos de un Delito, celebrada en Estrasburgo el 08 de noviembre de 1990, en su artículo 7, plantea que cada Estado parte adopte medidas necesarias para considerar como delitos, cuando estos sean cometidos de forma intencionada; intencionalidad que es elemento de los delitos dolosos y no de los culposos.

B. Los delitos de resultado y de actividad

Los delitos de resultado requieren de un resultado de lesión o puesta en peligro concreto “separada espacial y temporalmente de la acción del autor” (Roxin, 1997, p. 328), consecuencia de la conducta generalmente posterior y a veces simultáneo a ella. Así tenemos la estafa, cuyo resultado perjuicio patrimonial deriva del error generado en la víctima. El resultado consiste en la lesión del objeto de la acción de protección, pues aún los delitos que no requieren una lesión material del objeto de la acción importan una lesión inmaterial del bien jurídico (Bacigalupo, 1999, p. 231).

Un resultado en muchos tipos penales es pues la obtención de un beneficio económico ilícito, como en los casos de corrupción o en todos los delitos

patrimoniales como el referido delito de estafa, en consecuencia, son idóneos para generar activos ilícitos objeto de lavado. El resultado, en estos casos, es no solo la lesión de un bien jurídico, sino el lucro buscado por el agente; no basta la sola actividad o inactividad, sino que de estos deben derivar una consecuencia. Con relación a esto, tenemos los delitos con modalidades limitativas de ejecución, conforme al cual la norma penal indica la forma de comisión o realización del hecho para la producción del resultado; así el robo que requiere amenaza o violencia, sin embargo, resulta irrelevante, pues a fin de cuentas se estaría produciendo un resultado de lucro, derivado de una conducta generadora de activos ilícitos.

Con relación a los denominados delitos de resultado cortado, cuya tipificación descansa en una conducta de peligro abstracto y su consumación tiene lugar anticipadamente al ejecutarse la acción típica sin necesidad de que se produzca la terminación o agotamiento del resultado, y donde no es posible las formas imperfectas de ejecución pues el legislador anticipa la barrera de protección, produciéndose con el peligro eventual que nace de la existencia de la conducta (Fernández Martínez et al., 2012, p. 245); constituyen modalidades que de acuerdo a su construcción pueden o no generar activos ilícitos; por ejemplo, el delito de tráfico de drogas, en los supuestos típicos de posesión de droga destinada al tráfico, cuando esto último (el tráfico o comercialización) no tiene lugar, la conducta es punible pero no apta para generar activos ilícitos. Pero la situación es distinta en el caso del delito de alzamiento de bienes, prescrita en el artículo 209 de nuestro Código Penal, cuya consumación se produce al realizarse el acto de enajenación u ocultación de bienes, aun cuando no se produzca la insolvencia del deudor ni el

perjuicio efectivo del acreedor, perjuicio que pertenecería a la fase de agotamiento, si generan activos ilícitos pasibles del lavado de activos.

Por el contrario, los delitos de actividad se agotan con la realización de la acción, si bien idealmente lesiva no necesita producir resultado material o peligro, la “cuestión de la imputación objetiva de un resultado a la acción es, por consiguiente, totalmente ajena a estos tipos penales, dado que no vinculan la acción con un resultado o con el peligro de su producción” (Bacigalupo, 1999, p. 232). Por ejemplo, el delito de allanamiento de morada, en el que el tipo se cumple con la sola intromisión, o en el delito de falso testimonio, que no requiere un resultado que vaya más allá del juramento falso. Para comprobar su consumación, es preciso examinar la concurrencia de la acción del autor, por lo que en estos también coincide la tentativa acabada (el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumación (Roxin, 1997, p. 328).

Estos son idóneos para generar activos ilícitos, pues las conductas punibles pueden estar imbuidas del impulso rentístico; en cuyo caso los activos que se deriven en sus fases posteriores de consumación o agotamiento, no necesariamente sancionados por este, pero íntimamente vinculado a ella, constituyen activos ilícitos idóneos. Así, en el delito de falsificación de documentos, que requieren según el fundamento octavo de la Casación N.º 1121-2016 PUNO, un perjuicio potencial, su consumación ya se ha dado, pero para efecto de la generación de activos ilícitos se requiere su uso y la posterior obtención de lucro –de dicha actividad ilícita–. El bien generado es derivado de una actividad productiva ilícita circunscrito a la

falsedad documental, pues es punible con la mera actividad falsaria. En cuanto a esto para el delito de lavado de activos, es relevante la posterior producción ilícita.

C. Los delitos permanentes y de estado

Los delitos permanentes implican que, producida la consumación, la situación antijurídica se prolonga y mantiene en el tiempo (Fernández Martínez et al., 2012, p. 247). Como ejemplo, tenemos las detenciones ilegales, el allanamiento de morada, la tenencia de armas o la conducción en estado de ebriedad. En estos, pese a la consumación delictiva, mientras se mantenga voluntariamente la situación antijurídica, puede haber autoría o participación de terceros. Así, se ha dicho que “son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico” (Roxin, 1997, p. 329).

En esta categoría los activos ilícitos podrían generarse en la permanencia de la consumación del delito o en su fase de agotamiento, por ello resulta infructuoso para delimitar a los delitos previos. En el caso del secuestro, por ejemplo, si bien el secuestro por sí mismo desde la privación de la libertad configura el delito, se puede obtener activos ilícitos aun estando vigente o finalizando el estado antijurídico, como sería el supuesto de obtener la recompensa, para dar o una vez puesta en libertad la víctima. En todo caso, en estos supuestos resulta indispensable la consumación delictiva mas no es necesario o trascendente el agotamiento de la conducta delictiva.

Los delitos de estado son aquellos donde la consumación genera una situación antijurídica duradera (como en el delito permanente), la cual no depende de la voluntad del agente. Se caracterizan “porque el sujeto activo lleva a cabo una sola actividad instantánea que provoca una situación antijurídica de duración más o menos prolongada” (Fernández Martínez et al., 2012, p. 244), el injusto se agota con la producción del estado antijurídico (Wessels, Bulke, & Satzger, 2018, p. 18), que se mantiene no por voluntad del agente. Los delitos de estado se diferencian de los delitos de comisión instantánea, en el hecho de que la antijuridicidad creada tiene efectos duraderos en la primera, pues en ambas se crea un estado antijurídico consumado desde el momento de su ejecución.

Al respecto, tenemos por ejemplo a los delitos de difamación, injurias y calumnias, donde el estado antijurídico se consume y agota con la conducta, pero se mantiene en el tiempo no por voluntad del agente; o en el delito de bigamia, en la que el autor sigue aprovechándose del estado creado, sin que suponga una constante repetición de celebración del nuevo matrimonio. Esta categorización tampoco aporta a la individualización de los delitos previos; pues solo tendrían importancia práctica para determinar la autoría y participación, la teoría del concurso de distintas acciones punibles, e incluso para los casos de determinar la prescripción del delito para el ejercicio de la acción penal o ejecución de la pena.

D. Los delitos cualificados por el resultado

En los delitos cualificados por el resultado, la comisión trae consigo un ulterior resultado que en cuanto a sus circunstancias contienen contextos más graves; a la

conducta base le precede una cualificación por la mera causación de un resultado más grave (García Caveró, 2014, p. 452). En estos, el resultado debe ser provocado directa o inmediatamente por el delito base doloso (Roxin, 1997, p. 332), y la pena suele ser superior por la sola producción del resultado más grave. En relación con el resultado, es necesario su acreditación y es indiferente la prueba de la culpabilidad, por lo cual se infiere que constituye una responsabilidad por el resultado, no siendo preciso que exista culpa con respecto a la producción de aquel, el dolo queda excluido por el hecho de que su concurrencia determina la aplicación del dolo del tipo base (Fernández Martínez et al., 2012, p. 244). Así, tenemos el robo, cuyo injusto se puede ver incrementado por el subsecuente homicidio.

Tales caracteres permiten concluir que la generación de activos ilícitos, a partir de este tipo de delitos, está siempre supeditada a la capacidad lucrativa del delito base; con excepción de algunos casos donde la conducta cualificada por sí misma constituye otro delito con capacidad de generar activos ilícitos, por ejemplo, el delito de homicidio calificado (artículo 108), donde concurra la circunstancia agravante de codicia o lucro, la que implicaría la producción de activos ilícitos. En el mismo sentido, el delito de inducción o instigación al consumo de droga (artículo 302), cuando se instiga o induce a persona determinada para el consumo indebido de drogas, con el propósito de lucro, claro que en este supuesto en una fase de agotamiento; o, el delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330), cuando se revela o hace accesible a un Estado extranjero o a sus agentes o al público, secretos que el interés de la República exige guardarlos, cuando se efectúa por lucro, como contexto de circunstancia agravante cualificada.

E. Los delitos de lesión y peligro

El delito de lesión, opuestos al delito de peligro, se consuma en el instante en que se produce el real menoscabo del bien jurídico protegido. Por ello, “el delito de lesión o resultado tiene un alcance individual o específico (daños, lesiones, homicidio, etc.), en tanto que el delito de peligro tiene un alcance colectivo (tenencia ilícita de armas, delitos contra la salud pública, etc.)” (Fernández Martínez et al., 2012, p. 245). Este no debe confundirse con el delito de lesiones, como tipo penal específico que ataca la integridad o salud de las personas, y donde está presente el *animus laedendi*, como dolo específico que permite distinguirla del delito de homicidio donde debe estar presente el *animus necandi*. El delito de lesión consiste en la lesión del objeto de protección de la norma, esto es, del bien jurídico protegido; en este caso, no se podría hablar de una lesión material, sino solo inmaterial.

Los delitos de lesión como los de resultado son aptos de generar activos ilícitos, para lo cual deberá estar aparejado con un especial interés rentístico. En esta no basta la sola actividad o inactividad del agente que produzca una lesión inmaterial, sino que de ello deben derivarse una consecuencia material, referido al menoscabo patrimonial del titular del bien jurídico protegido.

De otro lado, tenemos los delitos de peligro, el que se consuma sin que exista necesidad de una lesión; basta la creación de una situación de peligro (Wessels, Bulke, & Satzger, 2018, p. 17), inseguridad y probabilidad de lesión. En este no cabe la tentativa, “ya que el legislador ha anticipado la consumación a un estado anterior a la lesión del bien jurídico. Son delitos que se denominan de consumación

anticipada” (Fernández Martínez et al., 2012, p. 245). Se han postulado dos caminos para la creación de esta clase de delitos: el primero consiste en requerir que la conducta cause un peligro, haga surgir un peligro o ponga en peligro un bien, como en los delitos de incendio o explosión; el segundo, en exigir en forma expresa que la conducta pueda causar un perjuicio, como en los delitos de Falsificación de documentos (Madrigal Navarro, 2015, p. 180).

Los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro abstracto y concreto. En el primero, basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata, como en el caso de tenencia ilegal de armas. La peligrosidad puede ser tácita, sobreentendida de modo general o estadístico, o expresa, requerida explícitamente, lo que exige idoneidad para lesionar, por lo que se excluye la tipicidad en los delitos de peligro abstracto cuando se comprueba una absoluta imposibilidad de surgimiento del peligro (Bacigalupo, 1999, p. 231). En el segundo caso, requiere que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico (Fernández Martínez et al., 2012, p. 245), como el delito de peligro por medio de incendio o explosión que exige la realización de la conducta y la demostración de que real y efectivamente se ha producido la situación de peligro para las personas o cosas.

En doctrina se suele “minimizar el bien jurídico mediante la proliferación de los delitos de peligro abstracto y, además, en la sociedad de riesgo, de la revolución tecnológica, mediante la tipificación de actos de tentativa e incluso de actos preparatorios” (Zaffaroni, 2002, p. 129). Prescindiendo de tal cuestionamiento, en

los delitos de peligro concreto existen tipos penales que son idóneos para producir activos ilícitos, siempre en su fase de consumación o agotamiento, pues estos recogen los resultados intermedios del curso causal orientado a la lesión, y la consumación no requiere que se produzca la lesión, por eso lo “único “adelantado” en el delito de peligro concreto respecto del de lesión, es la consumación” (Kiss, 2015, p. 23). Esto involucra que desde el comienzo de la ejecución hasta la tentativa acabada, que son los factores de riesgo requeridos en el ilícito de peligro concreto, las circunstancias coincidan con los requeridos en el ilícito de lesión, ergo, son aptos para producir activos ilícitos, como lo serían los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de drogas (Prado Saldarriaga, 1996, p. 242), las cuales están premunido de conductas transaccionales de los cuales pueden generarse activos ilícitos.

Con relación a los delitos de peligro abstracto, podemos advertir que en esta existen tipos penales que son aptos para generar activos ilícitos y otros que no. Los supuestos más relevante de una actividad ilícita no productiva o no generadora de activos ilícitos, son los delitos de exposición o abandono de personas (artículo 125), omisión de socorro y exposición a peligro (artículo 126), conducir vehículo en estado de ebriedad o drogadicción (artículo 274), tenencia de materiales peligrosos (artículo 279), tenencia de instrumentos para falsificar (artículo 439), usar armas en estado de ebriedad o drogadicción (artículo 279-F), poseer indebidamente teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (artículo 368-D), portar armas de fuego (artículo 279-G), y abandono de animales domésticos y silvestres (artículo 206-A). Esto debido a que no constituyen conductas de producción,

particularidad implícita y esencial de los delitos previos, por lo que no se les puede adscribir el interés rentístico o no guardan relación con actos de emprendimiento lucrativo. Por el contrario, como actividades ilícitas productivas o generadoras de activos ilícitos, tenemos, entre otros, dentro de los delitos contra la Administración Pública, el cohecho (artículos 393 y siguientes) y tráfico de influencias (artículo 400), y dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, la falsedad en juicio (artículo 409). Todas estas son aptas para generar activos ilícitos, pues pueden abarcar contraprestaciones ilícitas.

F. Los delitos de emprendimiento

Lo usual es que se tipifiquen conductas con la indicación de sus elementos ejecutivos, de modo tal que el tipo penal se realiza cuando la conducta ejecutiva ocasiona el resultado lesivo esperado, diferenciándose así la tentativa de la consumación. Pero, por razones de política criminal, el legislador, en casos excepcionales, sanciona actos que no requiere que la conducta del autor produzca la lesión del bien jurídico. Ese adelantamiento da lugar a la configuración, entre otros (actos preparatorios, por ejemplo), de los delitos de emprendimiento que castigan la conducta si produce o no el resultado lesivo. Lo que se castiga más que una conducta es dedicarse a una actividad delictiva que tiene un orden lógico; por ello, los delitos de emprendimiento tratan “de tipos que equiparan tentativa y consumación” (Roxin, 1997, p. 336), es decir, se equipara la tentativa de producción de un resultado y su producción, o actos materialmente constitutivos de una tentativa elevadas a delito consumado (Javato Martín, 2011, p. 36).

Supuestos de estos son los actos de posesión, transporte o comercialización de precursores (drogas); el cultivo; y, los actos punibles de posesión, transporte o comercialización de la droga. Donde se sancionan diversas conductas dentro de un largo proceso delictivo identificados en el artículo 3, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, los cuales comprenden la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica. Asimismo, el delito de trata de personas (artículo 153), cuyo carácter económico deriva de la explosión demográfica y el empobrecimiento “producido gracias a la generalización del modelo económico capitalista” (Villacampa Estiarte, 2012, p. 8), en el cual se advierten conductas que pueden realizarse en diversas instancias del proceso delictivo, como modalidades independientes de la misma actividad, compuesta por una serie de acciones como la de captar, trasladar, acoger o recibir a la víctima. Lo mismo en el delito de tráfico ilícito de migrantes (artículo 303-A), pues la promoción, el favorecimiento y facilitación de entrada o salida ilegal del país están imbuidos de una serie de actos descritos por verbos como: favorecer, que implicaría cualquier ayuda para la expansión del ilícito; facilitar, orientado a hacer posible la ejecución o consecución de un fin, así como la entrega de los medios para dichos propósitos, los que se manifiestan con la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio, o su salida o ingreso al país, en los términos del fundamento 8, del Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116; y promover, toda conducta dirigida a iniciar o impulsar el proceso.

Estos tipos de delitos suelen ser denominados delitos de empresa, pues demandan de ingentes recursos logísticos, humanos y económicos para la materialización de todo el proceso delictivo. Están motivadas por la maximización del beneficio, de ahí que los agentes delictivos suelen “pasar de una actividad criminal a otra, bien combinar su dedicación a actividades ilegales con la enderezada al desempeño de actividades legales, aprovechando dicha legalidad para garantizar el aprovechamiento de las ganancias obtenidas” (Villacampa Estiarte, 2012, p. 11). Los tipos penales de emprendimiento son los habituales delitos previos, pues los actos de emprendimiento están destinados a la generación de lucro, en consecuencia, la obtención de bienes requerirá del proceso de lavado para su introducción al mercado económico formal. Pero, si se quiere establecer un delito previo sobre la base de esta categoría de delitos, debe indicarse el acto o verbo que implica el emprendimiento, ya que independientemente del modo de intervención delictiva, de ellas siempre se derivan activos ilícitos; por ejemplo, el que simplemente recibe al migrante para su traslado, recibe una contraprestación que es derivado de su propia conducta ilícita y forma parte de todo el amplio proceso delictivo. Es decir, esta categoría es la base de las empresas criminales y del lavado de activos, dada su alta rentabilidad.

Si se trata de montos de dinero relacionados con el lavado de activos, algunos señalan que hasta no hace muchos años se legitimaban en forma anual en distintos lugares del monto un aproximado de US\$ 300,000 millones. El Grupo de Acción Financiera estima que el dinero legitimado procedente solo del tráfico ilícito de droga, alcanzaría los US\$ 122,000 millones al año. Por su parte, el Informe Mundial sobre las Drogas del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de

Drogas (PNUFID) estima que el volumen anual de negocios del tráfico de drogas a nivel mundial asciende a unos 400,000 millones de dólares, mientras que el producto de todas las formas de la delincuencia organizada se estima en un billón de dólares (Lamas Puccio, 2016, p. 27).

El delito de tráfico ilícito de migrantes, por ejemplo, es definido en el artículo 3, párrafo a), del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, como: *la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.* El Reglamento de la Ley 28950, Ley Contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, en su artículo 3, inciso 20, define al migrante como la persona que ingresa a un país diferente al de su origen o residencia, sin contar con la autorización, por cuenta de una persona o una red de tráfico que le favorece el tránsito, le facilita la estancia o permanencia no autorizada y de lo cual puede obtener u obtiene un beneficio económico. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), señala que existen varios actores involucrados en el tráfico ilícito de migrantes, algunos son: el coordinador u organizador, quien supervisa el proceso dentro de su área de responsabilidad y hace arreglos para un cambio de personal, rutas, modos de transporte y alojamiento; los reclutadores, responsables de publicitar los servicios y establecer contactos entre los contrabandistas y migrantes; los transportistas o guías, desarrollan la parte operativa, mediante la orientación y acompañamiento de las personas en tránsito; observadores y mensajeros, proporcionan información acerca de los controles, los guardias y el ejército; ejecutores, protegen el negocio, mantienen el control durante

una operación; y proveedores de servicios e insumos, por ejemplo los que están a cargo de las embarcaciones o vehículos utilizadas en el tráfico. Para la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Defensoría del Pueblo, 2019, p. 23), el delito es de mera conducta y como tal independiente de si se logra el cometido final, por lo que la entrada o permanencia ilegal se consuma con la simple facilitación, la que puede incluir: “(i) la organización, (ii) la coordinación, (iii) el reclutamiento, (iv) el transporte, (v) la entrega de documentos falsos y (vi) el alojamiento ilegal” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC, 2008, p. 29), de conformidad al cual se dificulta la tentativa, pues la mera actividad es la que perfecciona el delito, sin requerirse la producción de un resultado material (Modolell González, 2016, p. 390).

G. Los delitos simples y compuestos

Los delitos simples son aquellos que afectan a un solo bien jurídico y delitos complejos son aquellos que afectan a más de un bien jurídico (Roxin, 1997, p. 337). Como delitos simples tenemos, por ejemplo, el homicidio o las lesiones, por ello se denomina uniofensivos; como delitos complejos, por ejemplo, la denuncia calumniosa que afecta el honor y la administración de justicia, o el robo que afecta el patrimonio y la integridad de la víctima. Al respecto el fundamento 7, del Acuerdo Plenario N.º 5-2015/CIJ-116, reconoce el carácter pluriofensivo del delito de robo, en la medida de que afecta esencialmente al patrimonio, pero también la integridad física o la salud y la libertad, por ello se denomina pluriofensivo. Es más, ha quedado zanjado que el propio tipo penal de lavado de activos es de carácter pluriofensivo, según el fundamento 13, del Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, donde

se señala que los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado, simultáneamente en todas esas etapas resulta vulnerado las políticas y estrategias de prevención del lavado de activos.

Esta categorización no tiene relevancia en la determinación del delito previo, pues existen delitos uniofensivos como pluriofensivos que tienen o no capacidad de generar activos ilícitos. En el homicidio, por ejemplo, la generación de activos depende de si en ella media una contraprestación (asimilable al sicariato) o un particular interés rentístico; lo que no está sujeto a esta delimitación o categorización, sino de otros elementos ya señalados. Su importancia radica en la interpretación normativa del tipo, para determinar el titular o titulares del bien jurídico protegido, y la gravedad del hecho, en consonancia con la determinación de la pena aplicable.

H. Los delitos de acto, pluralidad de actos y alternativos

Un delito de acto es cuando el tipo penal describe una sola acción, de pluralidad de actos cuando el tipo penal describe varias acciones a realizar, y alternativo cuando el tipo penal describe acciones alternativas (Mir Puig, 2011, p. 235). Como ejemplo del delito de acto podemos mencionar el hurto, y del delito de pluralidad de actos el robo (apoderamiento y violencia), como una modalidad de este se menciona al delito de hábito que “se caracteriza por la necesidad de repetición de actos en una conexión objetiva tal que pueda hablarse de hábito” (Mir Puig, 2011, p. 236), es un

tipo compuesto por la repetición del mismo acto a lo largo del tiempo, por ejemplo, el acoso. En cuanto al delito alternativo, tenemos el delito de trata de personas, que castiga la captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción o retención de una persona, con fines de explotación, utilizando medios de violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de libertad, fraude, engaño, abuso de poder o una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio; tráfico ilícito de drogas, que castiga alternativamente los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de drogas ilegales, a través de actos de fabricación o tráfico; cohecho pasivo propio, que castiga de forma alternativa, al funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; y, los delitos contra la Fe Pública, falsificación de documentos, que sanciona de forma alternativa, la confección o adulteración de un documento, e incluso su posterior uso para obtener algún provecho ilícito.

Es relevante referirse a los delitos mutilados de dos actos (consumación anticipada), que describen actos acompañados de un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un segundo acto, que no es preciso que se realice, por ejemplo, la posesión de droga para traficar; y, a los delitos cortado de resultado (consumación anticipada), que describe actos acompañados de un específico elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de obtener un ulterior resultado, que no es preciso que se produzca, por ejemplo, la falsedad de documento con el ánimo de perjudicar a tercero (Roxin, 1997, p. 337), estos son delitos de intención, dirigida a un resultado, más allá del tipo objetivo.

En el caso de delitos de un solo acto, por ejemplo, la sanción de la conducta requiere la sola configuración del acto, ningún elemento adicional. Como la conducta es pasible de generación de lucro, como el hurto, aunque sea en una fase ulterior a su consumación, es pasible de conformar un delito previo. Esto mismo sucede en los casos de pluralidad de actos, siempre que la conducta sea punible, por ejemplo, en el caso de robo, o en algunos delitos de hábito como el hurto sistemático, que solo excluye en su valoración las reglas del concurso y de continuidad delictiva. En los casos de delitos alternativos, los actos en general están enfocados a la obtención de un resultado con distintas formas de producción, por ello conforman los denominados delitos de empresa, encontrándose dentro de esta, por ejemplo, los tipos penales de trata de personas, tráfico ilícito de drogas, los actos de corrupción, entre otros; las cuales generan activos ilícitos pasible de ser lavado, incluso constituyen delitos mutilados de dos actos y delito cortado de resultado, las cuales producen activos ilícitos en sus fases posteriores. En el delito de falsedad de documento, por ejemplo, si bien el delito se configuró con la simple falsedad y el ánimo de perjudicar, este perjuicio se puede materializar posteriormente, encontrándonos así frente a conductas que involucran la generación de activos ilícitos. La mayor parte de los delitos previos están constituidos por esta clase de delitos, denominados delitos de intención, pues como ya se ha señalado, la generación de activos ilícitos tiene que estar precedida de conductas productivas o actos de emprendimiento ilegales, destinadas a la obtención de lucro o premunidos de un impulso rentístico; como sucede con las empresas formales o lícitas en general, los cuales desarrollan su actividad de lucro dentro de un mercado legalmente aprobado.

I. Los delitos comunes y especiales

El delito común es aquel cuyo autor puede ser cualquier sujeto, sin que tenga alguna condición o cualificación especial; los delitos especiales, aquellos cuyo autor no puede ser cualquier persona, sino un sujeto con especiales características (Wessels, Bulke, & Satzger, 2018, p. 20) o condiciones, por regla general “esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de “delitos de infracción de deber”” (Roxin, 1997, p. 338). En doctrina se suele identificar como delitos de infracción de deber a los delitos que son cometidos por funcionarios públicos, en tanto que en ellas solo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de su posición especial; aunque también se ve esta nomenclatura en otros delitos, como la administración fraudulenta, donde la autoría está sujeta a un deber especial que le atribuya la capacidad de vulneración del bien patrimonial.

Los delitos especiales se distinguen en propios e impropios. Los primeros describen una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de este ni de ningún otro delito; como ejemplo tenemos el delito de prevaricato, que solo puede ser cometido por el juez designado por ley y no por quien carece de esta condición. El segundo, por el contrario, guarda correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado; por ejemplo, el delito de malversación de caudales públicos por parte de funcionario público, el que realice la sustracción sin ser funcionario competente, cometerá el delito común de hurto (Mir Puig, 2011, p. 238).

Esta categorización de delitos tampoco resulta relevante para individualizar a los delitos previos con capacidad de generar activos objeto de las operaciones de lavado de activos. Esto, por cuanto resulta irrelevante o indistinta la condición especial del autor, en todo caso lo relevante es que el delito tenga la cualidad de emprendimiento lucrativo el cual no se desprende de la condición jurídica que ejerza el agente al momento del hecho; es decir, no está sujeto a la condición que pueda o no tener el autor del delito. La importancia de esta categorización dogmática radica básicamente en el campo de la delimitación de la autoría y/o participación, y también en el marco de la determinación de la pena, la cual se ve agravada por la especial condición del agente.

J. Los delitos base, derivaciones típicas y delitos autónomos

El delito base es un tipo que contiene los elementos básicos de la conducta ilícita, es la figura penal más simple de la cual emana el tipo derivado que agrega elementos adicionales, agravándolo, cualificándolo, atenuándolo o privilegiándolo. El tipo derivado es aquel que procede del tipo base, añadiendo los referidos elementos. Estos pueden ser dependiente o independiente, en el primer caso, es un mero subtipo (cualificado o privilegiado), es el mismo delito que el tipo básico, por lo cual los elementos del tipo básico entran sin modificaciones y con la misma interpretación en los tipos derivados; en el segundo, la derivación constituye un tipo autónomo, independiente o *sui generis* frente al tipo base (Roxin, 1997, p. 338).

Como ejemplo del tipo base tenemos al homicidio, resultando el asesinato una cualificación, y el infanticidio un tipo privilegiado. Por su parte, como tipo derivado

tenemos al robo, el cual en relación con el hurto y lesiones (aunque contiene los elementos de ambos), constituye un injusto independiente, por lo mismo las cualificaciones o privilegios del tipo base no le son aplicables. El concepto de delito autónomo ha sido objeto de frecuente crítica.

Esta está justificada en cuanto que no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y tipos cualificados y que de la aceptación de la autonomía no se pueden deducir sin más consecuencias jurídicas determinadas al modo de la jurisprudencia de los conceptos, sino que, cuando se trata de la relación de dos tipos entre sí, siempre hay que volver a averiguar de nuevo por medio de una interpretación orientada teleológicamente si y en qué relaciones son autónomos o dependientes entre sí. Y sólo cuando de ese modo se haya llegado a la conclusión de que existe una amplia autonomía, se puede calificar un tipo como *delictum sui generis*, sin que con ello se haya anticipado ya la conclusión para otras constelaciones no consideradas hasta ese momento. Por tanto, la calificación de delito autónomo no tiene un valor dogmático propio (Roxin, 1997, pp. 340-341).

Como se ha indicado, como regla general, la capacidad de generar activos ilícitos de los tipos base dependerá de su capacidad lucrativa o su orientación a la generación de renta; de ahí que, en el caso de los tipos derivados, dependan también de la capacidad de sus tipos básicos. Sin embargo, en algunos casos se advierten que los tipos derivados, por sí mismos, constituyen tipos con capacidad de generar activos ilícitos, incluso, cuando según las características del tipo básico, estas no serían aptas. Así tenemos el delito de homicidio, que podría estar

orientado hacia un ánimo pasional; no obstante, cuando medie un ánimo de lucro, matar por encargo a cambio de una contraprestación (sicariato), estaríamos frente un tipo derivado con capacidad de generar activos ilícitos. Con relación a los tipos derivados autónomos, igualmente, su capacidad de generar activos ilícitos dependerá de su estructura típica, como en el delito de robo.

K. Los delitos congruentes e incongruentes

En los delitos congruentes la parte subjetiva coincide con la parte objetiva del tipo, son los supuestos habituales de delitos dolosos; en los delitos incongruente la parte subjetiva no se corresponde con la objetiva, esto puede suceder por exceso subjetivo y objetivo (Mir Puig, 2011, p. 236). Los tipos tentados son incongruentes por exceso de la parte subjetiva con relación a la objetiva; los imprudentes son incongruentes por exceso de la parte objetiva sobre la subjetiva, en ellos se produce un resultado no querido por el autor. La incongruencia influye en la determinación de la responsabilidad penal.

En los delitos incongruentes, por exceso subjetivo, los tipos pueden tener formas de imperfecta ejecución (tentativa y actos preparatorios), donde el autor persigue la consumación del delito, sin embargo, no lo consigue objetivamente; o, portadores de elementos subjetivos (distintos del dolo) que pueden ser mutilados en dos actos, de resultado cortado o de tendencia interna intensificada. Los dos primeros se distinguen según la intención del autor al ejecutar la acción, la cual debe dirigirse a realizar otra actividad posterior (dos actos) o un resultado independiente (resultado cortado), en ambos no es preciso que lleguen a producirse el resultado perseguido

(Mir Puig, 2011, p. 236). En cuanto a los de tendencia interna intensificada supone que el autor realiza la acción confiriéndole un específico ánimo que lleva el sentido típico, como la crueldad, el ánimo de lucro, el ánimo de perjuicio, o lo que hemos denominado en la presente tesis como *impulso rentístico* presente de los delitos previos generadores de activos ilícitos objeto del delito de lavado de activos; por ejemplo, los delitos de abuso sexual que requieren ánimo lascivo, pues el ginecólogo no comete delito cuando toca la vagina de una paciente si lo hace con finalidad médica, sin buscar satisfacción sexual (Mir Puig, 2011, p. 237).

Es preciso mencionar los denominados delitos de tendencia transcendente que requieren un ánimo que debe ser pretendido por el agente, esto sucede tanto, en el delito cortado de resultado, que exige la finalidad de causar un resultado más allá del propio tipo, pero derivado de esta, como en el delito mutilado de dos actos, que exige la finalidad de llevar a cabo un segundo acto no contenido en el tipo que dará el resultado adicional (Roxin, 1997, p. 317). Un ejemplo es la derogada Ley 27765, sobre el delito de Lavado de Activos, que incluía un elemento subjetivo adicional, pues exigía además del dolo que el agente persiguiera una finalidad ulterior, *evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*. Actualmente se requiere que el dolo abarque tal resultado como concreción objetiva del tipo, comprendiendo la conciencia y voluntad de realizar actos de lavado que como resultado dificultan la identificación, incautación o decomiso del activo ilícito.

Los delitos congruentes no tienen mayores implicancias en la determinación de los delitos previos, pues existen tipos congruentes que producen o no activos ilícitos. Ahora, en relación con los delitos incongruentes por exceso subjetivo, relacionado

a los delitos intentados, hemos señalado que estos dependen de la construcción típica, sobre todo en los casos de actos preparatorios, pero son idóneos para generar activos ilícitos. En el caso de incongruencia por exceso objetivo, relacionada con los delitos imprudentes, ya se expresó que no son pasibles de generar activos ilícitos, básicamente porque no involucra un impulso rentístico de emprendimiento económico y, en casos de error como en la imprudencia, se encuentra suprimido tal impulso rentístico.

A nivel procesal esto es relevante, porque si se acredita error sobre el delito previo lucrativo, no habría activos ilícitos generados; aunque respecto a esto cobra relevancia la teoría de la ignorancia deliberada, utilizada para resolver “supuestos en los que el autor “neutraliza” sus motivaciones a favor del ordenamiento jurídico para que le sea más fácil tomar la decisión motivada por codicia, avaricia o razones o motivos similares” (Feijoo Sánchez, 2015, p. 17).

Si tales conductas se subsumen a tipos subsidiarios, como en los delitos incongruentes, por exceso subjetivo portadores de elementos subjetivos distintos del dolo, estaremos frente a conductas autónomas capaces de generar activos ilícitos. La mayoría de los delitos previos están conformados por los delitos mutilados en dos actos y los delitos de resultado cortado, en tanto se caracterizan porque la intención del autor, al ejecutar la acción típica, debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o un resultado independiente de él (delito de resultado cortado). Tal acto posterior lo he asimilado a la obtención de lucro, de modo tal que, si el delito generador está consumado, el

activo puede producirse en su fase posterior, pero derivado de aquel, ergo constituye un activo derivado de un emprendimiento económico ilícito.

Como se puede advertir, los delitos de tendencia intensificada también conforman casos típicos de delitos previos, pues en la actividad criminal previa siempre debe estar presente el impulso rentístico, la cual se desprende del contexto factico. Si en algunos casos concretos no es consustancial al tipo penal como, por ejemplo, en el delito de lesiones, pueden estar premunidos de dicho impulso sobre la base del criterio lucrativo establecido como agravante genérica en la Parte General del Código Penal, detallado en apartados anteriores, cuando el delito se cometa con el afán de obtener ventaja económica.

L. Los delitos comisivos y omisivos

En el Derecho penal se ha establecido que las vulneraciones de los bienes jurídicos se realizan mediante acciones y omisiones, consideradas como modalidades conductuales por excelencia (Reátegui Sánchez, 2014, p. 386). En los delitos comisivos se encuentra prohibida la realización de una conducta mediante una actividad positiva; en los omisivos se ordena actuar en determinado modo y se castiga el no hacerlo, el sujeto activo no efectúa un movimiento corporal al que está obligado para provocar un cambio en el mundo exterior (Fernández Martínez et al., 2012, p. 245). La diferencia reside en la clase y contenido de la norma infringida, si es prohibitiva origina un delito de acción, si es preceptiva de una conducta beneficiosa una de omisión (Mir Puig, 2011, p. 234). Pero, la omisión debe presuponer capacidad de acción (posibilidad para ejecutar lo ordenado) y control

consciente de los movimientos, posibilidad de realizar la acción y exigibilidad de tal actuación, condiciones personales de autoría si es un delito especial, y omisión de la acción debida (Jescheck & Weigend, 2014, p. 924).

Los delitos de omisión se clasifican en omisión propia, y de comisión por omisión, equivalente a la comisión activa. En el primero se tipifica el incumplimiento de un deber de realizar una determinada acción impuesto por una norma imperativa, siendo irrelevante si se produce el resultado, es decir, consiste en la contravención de un mandato no encontrándose dirigido a la lesión de derechos subjetivos (Jescheck & Weigend, 2014, p. 908), el sujeto se halla en una posición de deber. En el segundo “el resultado típico es imputado al garante que no ha impedido el ocasionamiento de este, como si el mismo lo hubiera provocado mediante un hacer positivo” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 912), infringiendo el agente una norma penal prohibitiva que produce resultados equivalentes a su realización activa.

En el delito de comisión no hay duda de que es posible de generar activos ilícitos, pues comprenden la realización de una actividad positiva, de la misma naturaleza de cualquier emprendimiento económico ilícito. Lo debatible, desde la perspectiva anotada, referida a que los activos ilícitos derivan de un emprendimiento de lucro, está en los delitos de omisión, pues estas sancionan la inactividad. En el caso de los delitos omisivos propios, el sujeto activo no efectúa un movimiento corporal, por ello no es una actividad productiva, además es irrelevante si se produce o no un resultado; como ejemplo podemos mencionar el deber de socorro, el cual está circunscrito a aspectos morales y no económicos. Lo contrario sucede en los delitos de omisión impropia, el cual tipifica el incumplimiento de un deber normativo de

actuación positiva, y puede implicar un emprendimiento económico en modo omisivo, más aún cuando en estos casos estamos frente a un delito comisivo, donde se busca que el sujeto-garante impida determinados resultados típicos causantes de alguna lesión (Reátegui Sánchez, 2009, pp. 122-127); además su gravedad le da especial relevancia, ya que existe de por medio un garante que ha infringido una norma que produce resultados lesivos equivalentes a su realización en comisión activa. En este supuesto, tenemos los tipos puros de resultado que prohíben cualquier conducta que pueda producir ese resultado, donde puede estar presente el impulso rentístico; incluso tipos de resultado con modalidades limitadas de acción o ejecución si incluyen la forma omisiva; y, tipos de mera conducta, que lesiona un bien jurídico, siempre que el tipo equipare la omisión a la acción.

M. Los delitos de medios determinados y resultativos

Los delitos de medios determinados son tipos que describen las modalidades de la acción, obstruyendo la posibilidad de realizarlos por otras vías, por ejemplo, el delito de robo con arma de fuego, por lo general la utilización de tales medios determina la subsunción en un tipo agravado (Bacigalupo, 1999, p. 230). Los delitos resultativos son tipos que describen la producción de un resultado sin especificar como y porque medios deban realizarse, por ejemplo, el matar a otro; es decir, no tiene limitación en cuanto a la modalidad de la acción (Mir Puig, 2011, p. 235). Se suele combinar ambas modalidades, como en el delito de lesiones, pues el tipo base solo requiere la producción de un resultado, cualquiera que sea el medio, pero también prevé un tipo de lesiones causadas con un medio especialmente peligroso.

Los delitos resultativos, en la medida de que involucran tipos que describen la producción de un resultado, sin especificar como y porque medios, son aptos para generar activos ilícitos; lo relevante es que deben conformar conductas de emprendimiento económico, por ejemplo, en el caso de matar a otro por dinero, no importando como el agente comete el encargo. En el caso de los delitos de medios determinados, donde el tipo describe la modalidad de la acción; igualmente pueden conformar conductas de emprendimiento económico, por ejemplo, en el caso de la usurpación con violencia sobre las cosas. Como se puede advertir, estos últimos suelen constituir formas delictivas agravadas, por ello es que incluso cuando no se produce la modalidad agravada (determinada), existe un tipo base pasible de adscribirle ilicitud a la conducta; por ejemplo, en el delito de robo agravado, que supone el empleo de una de las formas agravadas, aunque no se produzcan estas, estaremos frente a un tipo base que le adscribirá ilicitud al objeto. Lo anterior, más aún cuando los delitos de medios determinados están referidos básicamente a los instrumentos utilizados por el autor para la comisión del delito, lo cual no tiene ninguna repercusión en la calidad o cualidad ilícita de los activos.

3.4.2.4. La perspectiva de gravedad

En algunas legislaciones, no en la nuestra, se suele usar un criterio de delimitación del delito precedente, en función de la gravedad del delito previo. Esto, considerando que las leyes Estatales suelen prescribir ingentes delitos, las cuales pueden ser graduadas de acuerdo con el marco punitivo, en delitos de alta, mediana y baja gravedad. Muchos de ellos con capacidad de generar activos ilícitos, pero

no todas lo suficientemente graves para poner vulnerar o siquiera poner en riesgo el sistema económico o las estructuras sociales.

El lavado de activos, como se ha indicado, no solo busca prevenir la alteración de los sistemas económicos evitando que activos ilícitos ingresen a los circuitos económicos, sino además previniendo que determinadas conductas se conviertan en un negocio, dada su rentabilidad, a costa de la integridad de la sociedad. De ahí que, los acuerdos internacionales, inicialmente se enfocaron en la sanción del lavado de activos, sobre la base de delitos previos graves, de los cuales se derivaban ingentes activos a costa de las estructuras sociales, económicas y políticas. Así, la Cumbre de las Américas celebrada con la finalidad de realizar la Conferencia Ministerial “Lavado de Dinero e Instrumentos del Delito”, llevada a cabo en Buenos Aires, el 2 de diciembre del 1995, estipuló que los delitos fuentes son los delitos graves. Los pronunciamientos del Grupo de Acción Financiera de América del Sur – GAFISUD, creada en Cartagena, el 8 de diciembre del 2000, han establecido como delito subyacente no sólo el narcotráfico sino otros delitos graves. Incluso la Convención de Palermo, firmado en diciembre del 2000, en su artículo 6 inciso 2, literal b, establece que cada Estado parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la Convención.

El lavado de activos, sobre esa base, no solo se sancionó porque generaban activos fuera de los causes económicos formales, sino porque las conductas previas implican un grave riesgo social. Previniendo que estas, explotadas como un negocio o actividad empresarial, con alta rentabilidad, se consoliden dentro de

las actividades económicas formales a costa de los sistemas políticos y básicamente financieros. Esta última conceptualizada como una imprescindible institución, cuya estabilidad permite la conservación de los Estados modernos.

Si bien son muchas las voces autorizadas que se alzan frente a la expansión del Derecho penal en numerosas esferas sociales y económicas, también son muchos los que, en última instancia, advierten la lesividad penal de determinadas conductas llevadas a cabo en el ámbito financiero. Así, si la misión del Derecho penal se encuentra vinculada a garantizar la identidad normativa de una sociedad, resulta legítimo que este intervenga en parcelas cuya relevancia para la subsistencia de nuestro actual modelo de sociedad se ha puesto de manifiesto con toda crudeza en las crisis financieras de principios del siglo XXI. (Gómez-Jara Díez, 2014, p. 147).

Si bien la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433 establece que la ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente, por lo que no optó por el enfoque del umbral; existen delitos que, por su ínfima lesividad, no solo para la generación de activos suficientes e idóneos para poner en peligro el sistema económico formal, sino además para su propio objeto, no resulta justificado incluirlas en el catálogo de delitos previos. De ahí que, conforme al principio de mínima intervención, deben considerarse delitos de cierta gravedad (García Caveró, 2015, p. 576), de los cuales puedan derivarse rentas de una envergadura tal que puedan siquiera poner en riesgo los bienes protegidos. Así, se ha argumentado que, si el valor del bien es ínfimo, esta ni siquiera puede considerarse activo, como invoca el delito *lavado de activos*, aun cuando la cuantía de los bienes no sea un elemento del tipo (del Carpio Delgado, 2016, p. 35). Además, con

prescindencia de la proporcionalidad, la ampliación desmesurada de los hechos previos del delito de blanqueo genera un control económico y social excesivo (Oré Sosa, 2018, p. 69), lo cual repercute en un innecesario desgaste judicial. Entonces, resulta manifiesto la necesidad de delimitación de los delitos previos sobre la base de la gravedad (Abanto Vásquez, 2017, p. 262), pese a que como se ha señalado, en la actualidad la norma y jurisprudencia solo se atienen a la capacidad de generar ganancias ilegales de los ilícitos penales.

En ese contexto, es relevante, aunque de manera general y no absolutamente restrictiva, delimitar cuales son aquellos delitos graves con capacidad de generar activos en gran proporción, que lo hagan rentable y pernicioso para los sistemas económicos de los Estados. Entonces, considero que dicha gravedad debe determinarse, en principio, en función de la pena aplicable. Como se sabe, nuestro Código Penal regula diversos tipos de penas, como privativas de la libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derecho y multa (artículo 28). Entonces, la primera consideración sería que solo aquellos tipos que sancionan la conducta productiva ilícita con una pena privativa de la libertad, sean delitos previos; atendiendo a que esta sanción punitiva está orientada a las conductas delictivas de mayor entidad y que implican una mayor distorsión del sistema social, significando una medida de relevante envergadura, pues afecta la libertad como bien jurídico esencial (Gimeno Sendra, 1996, p. 15) y principio elemental del Estado Constitucional de Derecho, en cuya base nace “la teoría de la libertad política como desarrollo de la libertad civil” (Bobbio, 1991, p. 43). Los tipos penales que contienen medidas distintas a las privativas de la libertad, como las penas limitativas de

derecho o multa, no generan mayores perjuicios de carácter económico, por ejemplo, en estos supuestos tenemos a los delitos imprudentes.

De otro lado, el tipo de lavado de activos no incluye referencia alguna a un límite mínimo del valor económico de los bienes objeto del lavado, lo cual puede contravenir el principio de intervención mínima (Fernández Bermejo, 2019, p. 38). Luego, debe considerarse un límite máximo en la generación de activos; por ejemplo, en los casos de hurto, para que esta constituya delito se exige, según el artículo 444 del Código Penal, que la acción típica recaiga sobre un bien cuyo valor sobrepase una remuneración mínima vital; y es que este criterio cuantitativo permite valorar una mayor lesividad de la conducta, al mediar en ellas bienes de gran valor económico. No cabe duda de que una persona que ha sido despojada de cien soles, es afectada en menor proporción que aquella que ha sido despojada de trescientos mil soles. Así, es elemental efectuar una delimitación sobre la base del valor económico de los activos generados; considerando incluso, criterios de idoneidad del objeto del delito para afectar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Nadie podría justificar la puesta en peligro de los bienes jurídicos relacionados al lavado de activos, cuando los activos objeto de este tengan un valor de cien soles. De ahí que para algunos la insignificancia del monto nos llevaría a la atipicidad, pues montos mínimos no podrían afectar el bien jurídico “como la confianza de los agentes económicos en la limpieza de los bienes que circulan en el mercado” (Abanto Vásquez, 2017, p. 101). Esto, además guarda coherencia con las posturas que proponen un análisis económico del derecho.

En efecto, para Posner “la teoría [económica] es que el derecho común se explica mejor [...] como un sistema para maximizar la riqueza de la

sociedad”. En ese sentido, infiere Posner que “muchas de las doctrinas y las instituciones del sistema legal se entienden y explican mejor como esfuerzos para promover la asignación eficiente de recursos”. Visto así el derecho, este no debería ser otra cosa que una herramienta económica, pues asimismo, en tanto se ofrece y demanda de un mercado, el de la justicia, también –y sobre todo– debería ser un recurso más para ser asignado eficientemente. (Posner, 2004, p. 53).

En nuestro sistema jurídico no se prevé un monto mínimo como presupuesto de tipicidad de un acto de lavado; sin embargo, el Decreto Legislativo 1106 dispone que el valor de los bienes objeto de los ulteriores actos de lavado tendrá relevancia para su atenuación o agravación. Por su parte, en el párrafo 3, del artículo 4, del Decreto Legislativo 1106, se establece que cuando el valor de los activos no sea superior a 5 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), la pena privativa aplicable será de 4 a 6 años; y, de acuerdo con el artículo 4, párrafo 1, de la referida norma, se establece que cuando los activos sean superiores a 500 UIT, la pena privativa será de 10 a 20 años. De otro lado, cuando se cometan los actos descritos en el artículo 6 y el monto involucrado de los activos excediere las 500 UIT, de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo de dicho precepto, estaremos frente a la comisión agravada de este delito, y la pena será de 3 a 5 años. Por tanto, en el supuesto típico agravado, se establece un monto de activos que van de 500 UIT a montos mayores indefinidos; y en los supuestos típicos atenuados, se establece un monto de activos que van de 5 UIT a montos menores también indefinidos. En los tipos básicos, se infiere que los activos irán desde montos mayores a 5 UIT hasta 500

UIT, supuestos en las cuales la pena privativa de la libertad ira desde los 8 hasta los 15 años.

En los supuestos de los tipos básicos no existe mayor problema, pues tienen una delimitación concreta. En los supuestos agravados, si bien se establece activos indefinidos en cuanto al máximo, esta no implica arbitrariedad legislativa, ya que es evidente que los activos pueden ser aún mayores, por lo que su persecución no debe ser limitada. Desde mi perspectiva existiría arbitrariedad en el caso atenuado, pues se establece un máximo, pero no un mínimo, lo cual transgrede principios elementales como el de carácter fragmentario del Derecho penal, plano desde el cual “solo deben ser sometidos a represión penal las más graves...lo cual depende del grado de perturbación social que produce y la necesidad de que sea necesariamente una pena la que devuelva la confianza en la norma infringida” (García Caveró, 2019, p. 137) y mínima intervención, en el sentido de que se recurre al Derecho penal solo en circunstancias excepcionales y no como regla general, es decir en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, así lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 33 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4235-2010-HC; lo que además se condice con el artículo IV, del Título Preliminar, de nuestro Código Penal (Principio de Lesividad), respecto al cual también el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00012-2006-PI/TC, ha indicado que el Derecho Penal debe reservarse para las violaciones más intolerables. Montos inferiores nunca podrían afectar ni siquiera poner en peligro los bienes jurídicos objeto de protección del delito de lavado de activos, de ahí que es necesario señalar un límite, tanto más si

en los casos de hurto existe una delimitación económica para considerarlo falta o delito, el cual está sujeta a la remuneración mínima vital.

El criterio del valor del objeto del delito debe circunscribirse a un valor oficial referencial, mencionado en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1106; lo cual implica que la gravedad del delito debe definirse sobre la base del valor de los activos, que sean superiores a una (1) Unidad Impositiva Tributaria. Como se sabe el fundamento de la UIT, valor de referencia que suele ser utilizada en las normas tributarias, es que el Estado recaude ingresos conforme a sus sistemas económicos, y esta es la que define el quehacer económico. Solo aquellos actos que superen tales valores pueden ser idóneos para perjudicar al sistema económico, traducido en los principios de capacidad contributiva, beneficio y contraprestación, que no puede ser desconocida. En efecto, la igualdad tributaria constitucional, toma como elemento definidor a la referida capacidad contributiva.

Se trata, por tanto, de que las personas que sean las llamadas a soportar la carga económica de los tributos, revelen una manifestación de riqueza, concreta, suficiente y presente, como para poder cumplir con sus obligaciones tributarias. Funciona, a la vez, como un presupuesto que legitima la aplicación del tributo y como un límite al legislador, pues este debe afectar únicamente manifestaciones de riqueza exteriorizadas por el obligado tributario (Yacolca Estares et al., 2010, p. 105).

Con el marco propuesto se estaría excluyendo delitos con capacidad de generar activos ilícitos, pero que su naturaleza solo generaría activos por debajo del mínimo requerido. En ese contexto, sería necesario la prescripción del lavado por debajo

del mínimo legal de 1 UIT, en condición de faltas, como se hace con las faltas contra el patrimonio. Por el momento, en cuanto al lavado de montos menores a 1 UIT, no sería punible y, en todo caso, tales procesos deben ser considerados solo actos posteriores de agotamiento del delito previo. No se podría justificar la persecución penal de conductas de lavado de cien soles, ni que el Estado despliegue sus recursos para perseguir actos de lavado por ese monto. Incluso, desde la perspectiva del análisis económico, el Estado generaría en su persecución, costos económicos mayores al del activo ilícito objeto del delito. En relación con esto, debe tenerse presente los supuestos de delito continuado; donde sucesivas obtenciones de activos ilícitos que constituyan individualmente montos ínfimos, en conjunto superan el límite de 1 UIT, en ese caso podríamos considerar los actos posteriores como conductas de lavado de activos.

Otro criterio de gravedad podría ser el marco punitivo. Según el marco normativo, se considerarán delitos graves aquellos que son sancionados con penas superiores a los 4 años de pena privativa de la libertad; sin embargo, establecer este parámetro de delimitación de delitos previa sería excesivo, en la medida que existen delitos precedentes y aptos para generar ingentes activos objeto de las operaciones del delito de lavado de activos, con penas privativas de la libertad por debajo de los referidos 4 años de pena. Acoger este criterio significaría restringir de manera desmedida los delitos previos, en tanto se puede identificar que existen conductas típicas pasibles de generar ingentes recursos económicos ilícitos que facialmente pueden afectar el sistema económico o los bienes jurídicos relacionales al lavado de activos; como así lo sería el caso del delito de administración fraudulenta, que está sancionada con una pena privativa de la libertad que va de 1 a 4 años. Esto, pues

identificamos en nuestro marco jurídicos penal, delitos que pueden tener una pena leve, pero por su reiteración o la forma de su realización enuncian una especial desvaloración, no permitiendo determinar la gravedad, atendiendo al desvalor de la acción o del resultado que exprese el delito previo (Caro Coria, 2019, p. 41).

De otro lado, podría considerarse como delitos previos graves, únicamente a aquellos que se encuentran vinculados con la gran criminalidad, como el delito de tráfico ilícito de drogas, trata de personas, explotación sexual y otros. Sin embargo, como se ha dicho, con esto se estaría excluyendo a conductas criminales que afectan en gran medida los bienes jurídicos resguardados, relacionados concretamente a la generación de ingentes activos ilícitos, por lo que este criterio tampoco tendría asidero. Es más, sobre esto debe considerarse que existen delitos económicos, no vinculados a las citadas actividades delictivas, pero que podrían implicar no solo la generación de ingentes recursos que pueden influir en los sistemas económicos de los Estados, además en las estructuras sociales. Así, tenemos el delito de manipulación de precios en el mercado de valores (artículo 251-B), cuya conducta ilícita desenvuelta en el ámbito de los mercados de valores, está circunscrita a montos que superan las trescientas (300) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes al momento de la comisión del delito. Esto constituye un delito que, en términos de desvalor de resultado, podría implicar graves peligros para los bienes jurídicos protegidos; en la medida en que en el mercado de valores concurren los agentes económicos para obtener ganancias o captar recursos, por lo que el Estado debe asegurar su correcto funcionamiento y proteger los aportes invertidos (García Caverro, 2015, p. 1703).

3.4.2.5. La perspectiva de similitud con los delitos taxativos

Como ya se ha señalado, la prescripción del delito de lavado de activos deriva primigeniamente de la persecución de los recursos obtenidos de la actividad del narcotráfico. Posteriormente hubo necesidad de incluir o perseguir otros recursos económicos derivados de otros delitos, los cuales tenían un denominador común, básicamente el desarrollo de la actividad a partir de aparatos ilegales organizados, con una estructura compleja, que estaban conformadas por aparatos que funcionan como una especie de entramado societario, caracterizados por: el vínculo entre sus miembros y sus lucros derivados de un programa criminal, pues las organizaciones criminales buscan la obtención del mayor rendimiento patrimonial posible (Yacobucci, 2005, p. 118). Por tanto, se indica en el literal a, del artículo 2, de la Convención de Palermo del 2000, que las actuaciones delictivas de tales organizaciones han de realizarse con el objeto de *obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*. En tal sentido, más que la sola similitud o semejanza de los delitos, la búsqueda del beneficio económico es lo fundamental para delimitar los delitos previos, en tanto que en los aparatos organizados, “toda su estructura, división del trabajo, toma de decisiones, relaciones internas y externas están funcionalizadas a la obtención del lucro” (Zuñiga Rodríguez, 2009, p. 133).

De ahí que este criterio limitante no sería concordante con la finalidad teleológica del lavado de activos que busca evitar, no solo la distorsión del sistema económico con la producción desmedida de riquezas ilícitas a través de actos socialmente nocivos, sino la distorsión del sistema social con la normalización de las conductas

ilícitas como actividades económicas. Considerando que en el catálogo de delitos del Código Penal existen actividades delictivas no necesariamente vinculadas al crimen organizado, pero que involucran la producción de ingentes recursos ilícitos que distorsionan el sistema económico y social, como son la mayor parte de los delitos económicos. Pese a que el lavado de activos se configura en un aspecto consustancial y esencial para la criminalidad organizada, debe ampliar su influencia a otros delitos igual o incluso más nocivos en términos económicos, donde los agentes requieren de los procesos del lavado de activos para revestir a sus rendimientos económicos apariencia de legalidad. Además, establecer un criterio de similitud de los delitos previos, con los que están taxativamente señalados por la ley, daría un indeterminado margen de apreciación, estando en el ámbito del juzgador una amplia discrecionalidad que puede derivar en arbitrariedad, en la medida de que la similitud puede restringir delitos que son claramente idóneos para generar activos ilícitos nocivos para las estructuras sociales.

3.4.2.6. El criterio rentístico

La punición del lavado de activos solo tiene sentido cuando se está frente a activos de procedencia delictiva, es decir, frente a bienes que derivan de conductas lucrativas que la norma ha calificado como delictiva. En tales conductas se identifica un particular impulso rentístico, que hace del delito precedente de especial característica. Por lo que, aquellas conductas delictivas que no generan bienes o cosas de contenido patrimonial, o que generen bienes pero que no son idóneos para su ingreso al tráfico económico, no conforman delito precedente alguno.

Al respecto, el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2017-CIJ-116, en su fundamento 14, segundo párrafo, puntualiza tres clases de actividades criminales con dicha capacidad lucrativa ilícita: *actividades criminales de despojo, de abuso y de producción*. Una interpretación válida de los referidos parámetros, han de inclinarse hacia la búsqueda de una mínima homogeneidad de los delitos precedentes, con la finalidad de atribuir un contenido estrictamente legal, sobre la base de todos los elementos técnicos-dogmáticos estudiados, entre ellos, la naturaleza del delito, bien jurídico-penal tutelado, gravedad del delito y concurrencia del dolo o culpa, y los demás de índole político-criminal.

En ese sentido, en lo subsiguiente se desarrolla esto que desde nuestra perspectiva conformaría el *criterio rentístico* de clasificación del delito precedente del delito de lavado de activos; en la medida que los parámetros establecidos están relacionados a los elementos que condicionan la génesis de los activos ilícitos de los delitos previos. La misma que no ha sido debidamente delimitada en el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2017-CIJ-116, pese a que dicha delimitación resulta trascendente para la correcta interpretación y aplicación del dispositivo normativo de lavado de activos, pues como se dicho, “el sistema ni se crea ni se destruye, sino que se construye” (Pérez Bermejo, 2006, p. 180). Además, desde la perspectiva de la Constitución Económica, la cual “comprende la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas de mercado, de la empresa y, en general, del fenómeno económico” (Yacolca Estares et al., 2010, pp. 74-75); perspectiva desde el cual podemos identificar la génesis de los bienes y su tráfico económico en general.

A. Los delitos de despojo

El término despojo significa privación “de lo que uno tiene o goza” (Cabanellas, 2008, p. 231). No obstante, una mejor perspectiva de lo que envuelve el concepto de este término en el sistema jurídico, se deriva del ámbito de los derechos reales, ámbito para el cual constituyen bienes, las cosas que prestando una utilidad son susceptibles de apropiación y objeto de propiedad, pues existen cosas como el aire que producen una gran utilidad, no obstante, no constituyen bienes al no poder ser objeto de apropiación; de lo cual podemos inferir el concepto de utilidad, entendida como la aptitud de una cosa para satisfacer una necesidad o interés (Real Academia Española, 2021). En cuanto al término propiedad, esta es comprendida como el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa para disponer de ella dentro de los límites legales, por ello se le suele asimilar al concepto de dominio, que implica la potestad o poder que corresponde al titular de usar y disponer de la cosa (Real Academia Española, 2021). El término propiedad, subraya la pertenencia de un bien a una persona y el de dominio de las facultades que permiten el aprovechamiento económico del mismo. Ahora, de estas, deriva el término posesión, que denota la tenencia, como poder físico o potestad de hecho de un bien, y una voluntad de ejercicio de dicho poder destinada al beneficio propio, pues su “finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento, pero con protección interina” (Gonzales Barrón, 2019, p. 413).

Así, el término despojo implica la privación de lo que se tiene como parte de una propiedad o posesión, con la cual se quita el dominio sobre las cosas a su

propietario y/o legítimo poseedor; sin embargo, no podría asimilarse al despojo, los actos de desposesión que no derivan de actos violentos o fraudulentos, como sucede en las transferencias contractuales ordinarias, pues el despojo para el Derecho penal está asociado solo a aquellos casos donde la tenencia y la voluntad del ejercicio de la posesión son arrancadas por medios inicuos que tendrían que constituir delito. Así, por ejemplo, cuando estamos frente a una sentencia de desalojo, a cuyo mérito se despoja la posesión de los bienes, si bien implica un acto de violencia sobre el corpus y la voluntad de posesión, está permitido por el sistema jurídico. En el ámbito jurídico penal, es lo mismo, privar por voluntad propia a alguien de algo que tenía, pero lo que diferencia a esta de aquella es la mediación de conductas perniciosas, como el engaño o la violencia física, las que están proscritas por la norma. De ahí que el ámbito de protección de los delitos relacionados a las cosas en general es la posesión entendida como el estado consistente en mantener el dominio legítimo de tacto sobre la totalidad o una parte del bien; y el despojo, sería la negación del ejercicio de ese dominio legítimo.

En la delimitación de los delitos que conforman esta categoría, debe relacionarse el acto de despojo al bien generado (objeto delictivo), y no al bien jurídico protegido. En los delitos de despojo constituirán bienes con capacidad de ser lavados, los que derivan de la acción generadora, esto es, la acción delictiva será la conducta productora de los activos y los bienes obtenidos de dicha conducta los activos objeto de lavado. Esto resulta importante, pues implica que no podrían ser considerados activos ilícitos, objeto de lavado, los instrumentos delictivos; salvo la excepcional situación de que estos provengan de otro hecho delictivo y estén siendo usadas en modo tal que implique una situación de inversión de ganancias,

lo que a buena cuenta podría derivar en una conducta de lavado de activos punible. Es decir, debe diferenciarse a la conducta productora generadora de los activos y al producto transformado. La conducta productora siempre debe implicar un quiebre ilícito del dominio legítimo sobre la cosa (ejercida por el posesionario y/o propietario), y puede ser a través del engaño, la violencia, fraude o algún otro tipo de abuso legalmente reprochado siempre ilícito. El producto, es el bien desposeído, la cual adquiere ilicitud una vez que es sometida a la conducta productora el bien hacia su quiebre posesorio. Por lo mismo, en esta categorización delictiva la generación del activo ilícito involucra al mismo tiempo el desmedro patrimonial del sujeto pasivo, titular del bien sobre el cual recae la conducta generadora.

El activo ilícito es el producto de la conducta económica ilícita, que no es sino la cosa desposeída que adquiere la propiedad ilícita al momento en que los actos ejecutivos se despliegan hacia la producción u obtención del beneficio, materializándose el desvanecimiento del dominio sobre la cosa por parte del legítimo propietario y/o posesionario. Esta conducta premunida del impulso rentístico como voluntad de lucro, usurpación y enajenación de intereses y potestades jurídicas legítimas (Borja Jiménez, 2016, p. 17), adscribe ilicitud al bien sobre el cual recae. Su valor deja de ser lícito y se convierte en ilícito, y solo podría ser incorporado al tráfico económico a través del proceso de lavado de activos.

En ese sentido, desde un enfoque hermenéutico de los dispositivos de nuestro Código Penal, podemos determinar qué tipos penales implican el despojo de los bienes, ergo, delitos de despojo con capacidad de generar *activos ilícitos*. Teniendo en cuenta que no es que los tipos penales sancionen como conductas típicas actos

de despojo, sino conductas asimilables al despojo o que contienen la naturaleza de esta, cuyo *quid radica*, como se ha dicho, en la ruptura del poder de dominio sobre el bien ejercido por su legítimo poseedor. Para ello, debemos entender el patrimonio desde la perspectiva económica-jurídica, teoría dominante, para el cual la posesión de los bienes o derechos económicamente valorables involucra una relación patrimonial reconocida por el ordenamiento jurídico, es decir, con base en una relación jurídica tutelada por el derecho (Salinas Siccha, 2015, pp. 39-40).

Constituyen delitos de despojo por excelencia, aquellos destinados a la protección del patrimonio o el caudal de bienes de un individuo, una persona jurídica o una institución pública, las cuales coincidentemente son las más constantes (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2019, p. 46). En ese contexto, como elementales delitos de despojo tenemos al hurto (artículo 185), robo (artículo 188), y sus modalidades típicas derivadas; las que sancionan conductas encaminadas al apoderamiento ilegítimo de un bien y este quiebre involucra el desmedro patrimonial del sujeto pasivo. Estas, con excepción de las modalidades de hurto de uso, involucran la ruptura del dominio del bien ejercido por su legítimo titular, constituyéndose en el producto de la conducta productora ilícita, el bien sobre el cual recae la sustracción. Así, el sujeto que roba con el uso de un arma de fuego el dinero de un transeúnte, desde el instante en que se concluye la sustracción, dicho objeto adquiera la cualidad ilícita, siendo relevante que el agente tenga la posibilidad de disposición del bien, pues en el supuesto de que frente a la intervención policial se recupera el bien, dicha circunstancia jurídica le resta la cualidad ilícita y resulta imposible conductas posteriores de lavado; esto pues bajo las consideraciones expuestas, los robos “son cometidos por gente cuyo principal objetivo es la ganancia” (Rivera Diaz, 2004, p.

26). Tales consideraciones recaen también sobre los delitos de hurto y robo sobre el patrimonio cultural (artículo 226), lo que diferenciaría a esta de las anteriores es solo que el patrimonio cultural es de dominio del Estado; pero también son bienes de contenido económico susceptibles de despojo por el apoderamiento ilícito, cuyo tráfico constituye una actividad de bajo riesgo y alta rentabilidad.

También tenemos los delitos de apropiación ilícita común e irregular (artículo 190 y 192), en los cuales el bien aprehendido constituye el objeto ilícito que asumió tal cualidad en el instante en que su apoderamiento se materializó a través de la realización de actos de disposición del bien, el agente de forma ilegal coloca dentro de su patrimonio un bien que sabe que le pertenece a otro (Salinas Siccha, 2015, p. 201). Los delitos de estafa (artículo 196), que implica un quiebre del dominio ejercido sobre el bien por su titular legítimo, a través del error generado en este, a consecuencia del cual cede su patrimonio, lo cual convierte el bien en uno ilícito; “se trata de un ataque a la propiedad donde se produce una disposición patrimonial ilegítima perjudicial como consecuencia del error en que ha caído la víctima, provocado por el ardid o engaño del sujeto activo” (Marín, 2008, p. 453). Los delitos de extorsión (artículo 200), donde el quiebre del dominio se materializa a través de la violencia y amenaza, con el cual se insta al titular a la entrega de un beneficio o una ventaja económica, a consecuencia del cual cede un patrimonio que se convierte en un bien ilícito, este “es un atentado a la propiedad cometido mediante una ofensa a la libertad” (Marín, 2008, p. 435). El delito de usurpación (artículo 202), que implica el despojo de un bien inmueble de su legítimo poseedor, a través de maniobras fraudulentas (violencia, engaño o abuso de confianza), con el cual el agente genera un quiebre del dominio ejercido por la víctima sobre el inmueble,

para obtener su apoderamiento; de las conductas sancionadas en este, tendría que exceptuarse los casos de turbación de la posesión o los actos de destrucción o alteración de linderos cuando el apoderamiento no se ha concretizado, ya que en estos casos no existe un quiebre del dominio patrimonial, solo involucran “una limitación a la completa tenencia o posesión, sin llegar al despojo” (Marín, 2008, p. 536). Además, debemos considerar en estos supuestos al delito de sustracción o arrebató de armas de fuego (artículo 279-B), la misma que implica el despojo de la propiedad o posesión de bienes económicos, en este caso concreto, armas de fuego, municiones, granadas o explosivos con evidente valor económico.

En esta categoría también debe incluirse al delito de fraude informático (artículo 8) de la Ley de Delitos Informáticos, Ley 30096; pues igualmente implica un quiebre del dominio ejercido sobre el bien por su legítimo titular, a través del error generado por la vía de los medios informáticos.

En efecto, suele señalarse inicialmente por la doctrina que se ha ocupado de la cuestión que existen tres grupos básicos de delitos mediante el uso de computadora: a) delitos económicos (defraudaciones, estafas, espionajes y sabotajes); b) delitos contra derechos personales (atentados contra la privacidad); y c) delitos contra intereses supraindividuales (seguridad nacional, control de fluencia de datos transbordadores de fronteras, integridad de procedimientos basados en computadoras y red de comunicación de datos. (Riquert, 2004, p. 308).

Conforman también delitos contra el patrimonio, los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas (artículos 198 y 199) y daños (artículos 205 y

206). Sin embargo, desde mi perspectiva, y de acuerdo con las características típicas que serán señaladas, la primera no constituye un delito de despojo, sino de abuso; mientras que la segunda es un delito que no genera productos ilícitos, al no involucrar ella un quiebre del dominio patrimonial, pues la conducta típica involucra la disminución del valor patrimonial o la utilidad de un bien, comprometiendo fundamentalmente el aspecto corporal o material con que está construido (Salinas Siccha, 2015, p. 420), así están desprovistos del animus lucrandi pues “responde a una sola intención: la de causar perjuicio en las cosas muebles o inmuebles ajenas, sin que el agente procure beneficiarse con ello” (Marín, 2008, p. 543).

Los delitos referidos representan el despojo del dominio del bien ejercido por su titular. Estos bienes solo podrían ingresar al tráfico económico, mediante la ejecución del proceso de lavado; lo relevante es que el objeto ilícito, objeto sobre las cuales recaen los delitos, constituyen también los activos ilícitos pasibles de ser lavado; por eso, es posible identificar que, en esta categoría, los bienes despojados constituyen el primigenio activo que puede ser objeto de lavado. Desde esa perspectiva, el bien ilícito que derive de otro ilícito (hurto de un bien ya robado), solo implica la reproducción de la cualidad ilícita del objeto, a partir del cual cualquier acto posterior de disposición del bien para su ingreso al tráfico económico, es asimilable al lavado de activos. En estos supuestos se ha generado un nuevo hecho que solo replica la ilicitud, por ello resulta irrelevante si el agente de este nuevo hecho conocía o no del origen delictivo del bien, además se entiende que la protección legal es solo para el legítimo titular. Esto, desde una perspectiva similar al proceso de producción capitalista, la cual es “contemplado en su conexión, como

proceso de reproducción... produce y reproduce la relación de capital misma” (Marx, 2019, p. 277).

Conforme a lo expuesto, postularía que una conducta de la categoría de delitos de despojo que posibilite la obtención de ganancias ilícitas pasibles de ser el objeto de lavado de activos debe contar con ciertos elementos. Para empezar, solo deben ser objeto de tales conductas los bienes o derechos que tengan valor económico, el valor sentimental, por ejemplo, no está protegido por esta categoría de delitos. Además, el sujeto pasivo debe tener relación lícita con el bien o derecho, a través de un vínculo de propiedad y/o posesión legítima. Asimismo, debe existir un quiebre en el ejercicio del dominio, produciéndose un perjuicio económico que decanta en la disminución económica del caudal patrimonial del titular del bien, pues el patrimonio tiene una acepción negativa, por cuanto no pertenece al delincuente, y positiva, por cuanto se afirma que pertenece a alguien (Marín, 2008, p. 377). Luego, el referido quiebre debe implicar la potencialidad de abuso del objeto, para hacerlo ingresar al ámbito patrimonial del agente o terceros ajenos a la conducta de este. Finalmente, el objeto sobre el cual recae el delito constituye el primer activo ilícito que será el objeto del delito de lavado de activos; es decir, el objeto del delito previo –o cuerpo del delito en los términos del fundamento 8, del Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116–, es el mismo sobre el cual recaerán las primeras conductas típicas de lavado. En el delito de hurto, por ejemplo, el bien sustraído valorable económicamente e idónea para ingresar al tráfico económico, constituye un activo ilícito; eventualmente, sobre ella se podría efectuar cualquier conducta de lavado, con el fin de evitar la identificación del origen, incautación o decomiso del activo.

Es preciso delimitar el momento en que los actos de lavado como el de utilizar, guardar, administrar, custodiar y ocultar, deja de constituir la fase de agotamiento del delito y pasa a constituir una de las fases del lavado de activos. Al respecto, como se ha señalado, existen casos donde coinciden el objeto del delito previo con el del lavado (Blanco Cordero, 2015, p. 349), lo que para efectos punitivos, resulta adecuada efectuar ciertas restricciones, como que el objeto material del delito previo podrá ser objeto del delito de blanqueo cuando sea valorable económicamente, incorporable al patrimonio de las personas, y siempre que la ejecución de los actos de lavado de activos de los referidos objetos no constituyan parte del núcleo punitivo del delito previamente cometido. Entonces, cuando estemos en la fase de consumación de uno de los delitos patrimoniales previos, no podrá hablarse aun de actos de lavado; pero si cuando estamos en la fase de agotamiento, ya que esta fase es independiente de la consumación y, en estricto, no es el agotamiento sino la consumación del delito lo que es sancionable. En consecuencia, las conductas que están más allá de los límites de la consumación del delito previo y constituyan conductas típicas de lavado que recaen sobre el mismo objeto del delito previo, son punibles como lavado de activos.

Una reflexión aparte merece el delito de sustracción de bien propio (artículo 191), pues en ella quien quiebra el dominio posesorio del objeto, es su propietario; el bien sustraído por el propietario no podría constituir objeto del lavado de activos, pues la configuración típica del delito no tiene la capacidad de adscribirle ilicitud al bien. En este caso, existiría nula capacidad productora de la conducta, al existir de un lado, un legítimo poseedor y del otro, un legítimo propietario, lo que deviene en la inexistencia de injerencia corruptora del tráfico económico, pues esta protege la no

afectación patrimonial de quienes son titulares de los bienes económicos, no existiendo afectación real del dominio patrimonial.

Esto es similar al delito de usurpación que suele perpetrar el legítimo propietario de un inmueble al despojarlo de su legítimo poseedor, la tenencia o transferencia de este inmueble a terceros no puede constituir actos de lavado, en la medida de que el propietario se está limitando a hacer ejercicio de un derecho reconocido por el ámbito del derecho privado. En ese mismo ámbito podemos circunscribir los supuestos del delito de apropiación de prenda (artículo 193), donde el agente se apropia de su garantía del cumplimiento de una promesa u obligación, estando de un lado un legítimo poseedor y del otro un legítimo propietario, lo que deviene en la inexistencia de injerencia corruptora; más aún en los supuestos donde exista incumplimiento de la obligación, lo cual acercaría al agente hacia la exclusiva titularidad de la garantía. Además, los supuestos de los delitos de hurto de uso de ganado (artículo 189-B), pues no involucra el quiebre definitivo del dominio patrimonial, sino solo temporal; podría ser relevante el valor de uso del bien, pero esta no involucra mayor riesgo al tráfico económico al no constituir un valor real o material, y ese valor de uso resulta un objeto inidóneo, pues en esta el agente obra sin querer obtener una ventaja económica directa, con la incorporación del bien a su patrimonio, sino la de obtener una ventaja derivada (indirecta) del uso del bien (Salinas Siccha, 2015, p. 100); como ha sido indicado, el hurto y robo representan la ruptura del poder que le corresponde al legítimo titular, los casos de simple uso, no quiebran esa conexión, por lo mismo solo “derivaría un riesgo indirecto de su pérdida” (Borja Jiménez, 2016, p. 5).

B. Los delitos de abuso

El término abuso supone exceso, usar mal o arbitrariamente un derecho o facultad, es la antítesis del derecho (Cabanellas, 2008, p. 56). Es usado en diversos contextos, se habla, por ejemplo, de abuso de poder, como acto de violación del poder asociado a la autoridad, donde el poder es una ventaja usada para someter a otros; de esta deriva el abuso de autoridad, que involucra el exceso en el ejercicio de atribuciones de autoridad; abuso del derecho, cuando se utiliza el derecho en forma excesiva o impropia, causando perjuicios, o cuando se utiliza el derecho legalmente concedida en contra de los fines para el cual fue dado, oponiéndose a la moral, la buena fe y las buenas costumbres, constituyendo un ilícito pues involucra una conducta antisocial transgresora de un deber jurídico (Fernández Sessarego, 1992, p. 139); abuso sexual, cuando se somete a alguien a un contacto sexual sin su consentimiento; abuso emocional, cuando se somete a alguien a conductas de rechazo, demostración de vergüenza, degradación e incluso terror; incluso en el ámbito económico se habla de abuso de posición dominante cuando se explota la hegemonía en el mercado de un producto o servicio, en detrimento de los intereses de consumidores o usuarios, por ejemplo, con la negativa en la venta, imposición de precios no equitativos o de condiciones discriminatorias (Tamames & Gallego, 2010, p. 5). Entonces, el término abuso involucra, más que la generación de algún tipo de daño que puede ser moral o físico, el uso indebido por parte de algunos, de su especial posición o superioridad material que le atribuyen ventajas sobre otros, a partir del cual se generan o generarían perjuicios concretos.

En la doctrina y jurisprudencia se verifica que el abuso tiene valor jurídico penal cuando está destinado a afectar bienes esenciales como la integridad, dignidad o la libertad. Sobre esa base, corresponde ahora identificar como opera el concepto de abuso, en la categorización de delitos determinantes. En general, las conductas típicas recaerán sobre valores o bienes jurídicos distintos a los puramente patrimoniales, estas afectarán de manera directa bienes distintos a ellos, como sería la libertad; pero de manera adicional, podrán derivar de estos, activos ilícitos, en una modalidad específica asimilable a una contraprestación. Así, el primer activo derivará de manera indirecta o posterior a la conducta ilícita productora. De una revisión general de nuestro Código Penal se advierte ingentes delitos de abuso, de los cuales podrían derivarse activos ilícitos, por lo cual solo se procederá a mencionar los que, desde mi perspectiva, resultan relevantes, a fin de contar con elementos generales que permitan individualizarlos en los casos concretos.

Así, tenemos el delito de administración fraudulenta (artículo 198), esta es “una forma o modo delictivo de ocasionar perjuicio al patrimonio ajeno mediante abuso de confianza” (Carrera, 2004, p. 163), donde el abuso implica el excesivo e indebido ejercicio de las funciones de administración o representación de una persona jurídica, e involucra un perjuicio patrimonial o pérdida de oportunidades de incremento patrimonial. Se ha dicho que este delito tendría por finalidad proteger los intereses patrimoniales frente a agentes “situados en la cúspide, con poderes amplísimos de organismos que abarcan vastos sectores de la sociedad moderna con relación a su economía y en la que confluyen conspicuos intereses” (Salinas Siccha, 2015, p. 299); agentes que abusando de su posición y violando sus deberes pueden ocasionar daños irreparables al patrimonio de la persona jurídica o terceros

interesados. El referido delito proscribe diversas conductas que involucran el abuso de las facultades de administración y representación de la persona jurídica; en las cuales también están involucrados los administradores de hecho, pues son delitos de infracción de deber, pese a los defectos que puedan existir en la habilitación del sujeto, por la posición material de aquel sobre el patrimonio de la persona jurídica, lo cual le irroga el deber de actuación diligente (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2019, p. 46), de ahí que no es posible categorizarlos en los delitos de despojo; además, en estos el quiebre patrimonial se genera de manera mediata y no inmediata.

Así también, tendríamos el delito de chantaje (artículo 201), que involucra la obtención de ventajas ilícitas bajo la amenaza de que se podría publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a la víctima o terceros, por lo cual la víctima dispone de su patrimonio comprando el silencio del agente delictivo; en esta el agente tiene una posición especial del cual hace abuso para obtener una ventaja. Además, se pueden incorporar a aquellos que involucran atentados contra el sistema crediticio, la cual tiene una relevante repercusión socio-económica, en el entendido de que los créditos constituyen instrumentos económicos ampliamente utilizados en los mercados, por ende los tipos penales protegen además de los intereses de los acreedores a la satisfacción de sus pretensiones jurídico patrimoniales, la “funcionalidad de la economía crediticia como un sistema de prestación de servicios, bienes y dinero” (Caro Coria, 1999, p. 5). Así, el delito de insolvencia fraudulenta (artículo 209), que involucra lucrar en perjuicio de los acreedores, sin satisfacer las deudas, sanciona el ocultamiento de bienes al impedir que los acreedores realicen sus créditos; la simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas fraudulenta

en agravio de los acreedores; y, la realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, postergando el pago del resto de acreedores. Todas implican el abuso de una posición especial, por lo que de ellas pueden derivarse activos ilícitos; aunque en el último supuesto solo constituiría activo ilícito el bien que satisface la obligación preferente si en los hechos ha existido connivencia con el acreedor o la persona que lo represente, lo contrario implicaría la satisfacción legal de las deudas derivado de la actuación de buena fe mercantil. Ahora, el delito de suspensión ilícita de la exigibilidad de las obligaciones del deudor (artículo 211), no contiene conductas generadoras de activos ilícitos, pues pese a que mediante actos fraudulentos se genera la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, dicha suspensión no deja de ser temporal, a razón del cual los acreedores no pueden iniciar o proseguir un procedimiento de cobro frente al deudor en crisis, debiendo sujetarse a las reglas de actuación colectiva propias del procedimiento concursal; dicha suspensión, tiene como propósito dotar de viabilidad al desarrollo del procedimiento concursal, ergo, la conducta es solo instrumental y no finalista (obtención de lucro), útil para generar un marco de negociación (Schmerler Vainstein, 2010, p. 298).

Con relación al delito de manejo ilegal de patrimonio de propósito exclusivo (artículo 213-A), los activos ilícitos derivan de las conductas típicas de enajenación, gravamen, adquisición u otros, del patrimonio exclusivo, efectuados en contravención del fin para el que fue constituido dicho patrimonio de propósito exclusivo. Al respecto, los fondos mutuos de inversión, según el artículo 238 del Decreto Legislativo 861, Ley de Mercado de Valores, son patrimonios autónomos

integrados por aportes de personas para su inversión en instrumentos y operaciones financieras, administrado por una sociedad anónima denominada sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores; los fondos de inversión, según el artículo 1, del Decreto Legislativo 862, Ley de Fondos de Inversión, son patrimonios autónomo integrados por aportes de personas para su inversión en instrumentos, operaciones financieras y demás activos, bajo la gestión de una sociedad anónima denominada sociedad Administradora de Fondos de inversión, por cuenta y riesgo de los partícipes del Fondo, y también pueden ser administrados por las sociedades Administradoras de Fondos Mutuos de inversión en valores; y, los patrimonios fideicometidos, según el artículo 310, del Decreto Legislativo 861, Ley de Mercado de valores, son los actos constitutivos que generan un patrimonio autónomo, distinto al patrimonio propio de la sociedad tituladora, del fideicomitente, del fideicomisario y de la persona designada como destinatario de los activos remanentes del fideicomiso; estos y otros fondos públicos creados por leyes especiales, implican la constitución de un patrimonio autónomo cuyo propósito exclusivo está predeterminado en la ley, siendo sus notas comunes (Villanueva Gutiérrez , 2013, p. 268): la derogación de la garantía ilimitada de la que disponen los acreedores, los bienes no pueden ser agredidos por ningún acreedor del constituyente, del administrador o del beneficiario; la limitación a la libre disposición de los recursos del fondo, las facultades de disposición, uso y disfrute sobre los bienes se encuentran determinados por ley; la presencia de un ente administrador del patrimonio, excepto el caso del fideicomiso bancario o de titulación en que se tiene al titular del dominio fiduciario; y el control contable separado de las operaciones que se realizan en la ejecución del propósito.

El denominador común de las diversas figuras delictivas que se enmarcan en el título de los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios radica en que todos ellos se ejecutan habitualmente en el tráfico económico y patrimonial, es decir los negocios; así, “representan atentados a la confianza general en el correcto desenvolvimiento de las operaciones comerciales o industriales” (Marín, 2008, p. 939). Son delitos de abuso, en la medida que existe una posición especial del agente, haciendo ejercicio desmedido de sus facultades de carácter económico; en ese sentido, constituyen actuaciones que afectan diversas condiciones esenciales que caracterizan el tráfico económico y patrimonial formal.

Se incorpora a además esta categoría, el delito de usura (artículo 214), donde la relación de crédito se desenvuelve en un estado de necesidad del sujeto pasivo que tiene como contrapartida un acto abusivo del sujeto activo, esto involucra una conducta inmoral y el abuso de una posición dominante, lo que supone una afectación a la libertad y al patrimonio, en cuanto la víctima se ve obligado al pago de intereses superiores a los legalmente establecidos; pero a ese daño individual, se adhiere un daño colectivo, referido a la afectación del sistema crediticio recogido en la constitución económica, la cual busca fortalecer la libre formación del precio (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2019, p. 140); los bienes que deriven de esta, como sería el interés entregado superior al límite legal, constituyen activos ilícitos. En el mismo sentido el delito de libramiento y cobro indebido (artículo 215), cuyo objeto es el cheque (título valor), documento donde el titular de la cuenta incorpora una orden de pago, para que el banco lo pague al beneficiario, descontando de la cuenta corriente del referido titular. De la configuración típica (girar cheques sin fondos, frustrar su pago, suplantar al beneficiario o al endosatario, etc.), resulta su carácter

de delito de abuso, pues deriva en la afectación del patrimonio del tenedor del cheque y básicamente de la seguridad del comercio o confianza en los negocios.

En las figuras penales relativas al cheque, la protección legal se ejerce sobre la confianza pública, y está orientada a evitar, más que directos perjuicios patrimoniales, los trastornos que pueda causar la entrada en circulación de un documento espurio. Si bien no parece descabellado que un cheque no pagado tenga entidad suficiente para lesionar la propiedad ajena, parece evidente que el legislador ha trascendido en la regulación la estricta protección de un bien personal. (Balcarce, 2004, p. 120).

De otro lado, entre los delitos contra los derechos de autor y conexos se advierten también delitos de abuso generadores de activos ilícitos, pues la propiedad industrial e intelectual “participan de un carácter común: ambas se refieren a los llamados bienes “inmateriales”” (Traballini de Azcona, 2004, p. 81) con relevante naturaleza económica. Esto, por cuanto las conductas típicas punibles están dirigidas a la protección de derechos reconocidos al creador de una obra, su protección se traduce en el señorío del autor sobre su obra y el goce de los beneficios económicos por su explotación (Baylos Corroza, 1993, pp. 48-49). Así, el derecho de autor comprende los derechos morales y patrimoniales, y según el artículo 31, de la Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822, los derechos patrimoniales comprenden el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: la reproducción, comunicación o distribución al público de la obra; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; la importación al territorio nacional de copias de la obra; y, cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial. Lo

cual tiene un plazo de vigencia de acuerdo con el artículo 52 de la referida ley, que establece que el derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, plazo que, en las obras en colaboración, se computa desde la muerte del último coautor. Todo esto, según el artículo 30, de la Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822, implica que el autor disfrute de los beneficios económicos obtenidos por la explotación de su obra. Por consiguiente, constituyen delitos de abuso, pues implican el ejercicio desleal en la actividad comercial y el agente ejecuta actos de explotación ilegal con la finalidad de obtener ventaja patrimonial, desde una posición especial que deriva de su acceso a los derechos de autor y conexos, y de su complicado control Estatal para su explotación exclusiva. Así, tenemos el delito de reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor (artículo 217), que sanciona, entre otros, la comercialización del producto artístico o intelectual sin la autorización del titular; el delito de plagio (artículo 219), que sanciona la difusión de una obra copiándola o reproduciéndola textualmente, o mediante alteraciones; y, las conductas prohibidas en los artículos 220-A, 220-B, 220-C, 220-D, 220-E, y 220-F del Código Penal, relacionados a la comercialización ilícita orientada a la obtención de lucro, el cual constituirá el activo ilícito.

Los delitos contra la propiedad industrial también están dirigidos a la protección de la exclusividad en el uso y explotación de la propiedad, en este caso de carácter industrial. El derecho de propiedad industrial involucra “el derecho a la explotación económica de los conocimientos y procedimientos tecnológicos que se inventaron, en tanto estos constituyan la base de la capacidad competitiva de una empresa” (Salas Lozada, 1992, p. 108). Así, tenemos el delito de fabricación o uso autorizado

de patente (artículo 222), y los regulados entre los artículos 222-A y 223 del Código Penal, los cuales guardan relación con la comercialización ilícita de la propiedad industrial. Constituyen delitos de abuso, pues como los delitos contra la propiedad intelectual, el agente ejecuta actos de explotación ilegal haciendo ejercicio abusivo de un derecho que es exclusivo, con la finalidad de obtener ventaja patrimonial; por ejemplo, cuando el agente vende un producto amparado por una patente de invención sin la debida autorización, cuando altera un número de línea robado para comercializarla causando un perjuicio al titular, o cuando comercializa etiquetas de marcas registradas sin la debida autorización.

En los delitos contra el orden económico también se ubican delitos de abuso, productores de activos ilícitos, en tanto que la regulación jurídico penal de la economía involucra la afectación de un marco económico conformado por el Estado. En estos tipos penales es básica la idea de abuso de poder económico, el cual incluso puede derivar en un delito económico-político que garantiza “las reglas de una forma económica contra su empleo equivocado o su abuso, esto es, a favor de esa manera de organización y sus particulares disposiciones sobre la libertad” (Naucke, 2015, pp. 121-122); lo cual trae perjuicios por esa posición de dominio del mercado al que suelen recurrir las empresas que conciben al poder como el mecanismo para hacer prevalente sus intereses lucrativos, de ahí que constituye delito de abuso. Además, los delitos económicos son delitos propios o especiales (Creus, 1992, pp. 195-197), pues sólo pueden perpetrarla individuos con poderes o atributos particulares que le permiten abusar de su influencia dentro del sistema económico; ese abuso, debe entenderse como corrupción privada, orientada a la obtención de beneficios, ejecutados “desde los centros de poder y decisión de las

empresas... en detrimento de los intereses privados y colectivos y en contra de las reglas de libre competencia” (Jiménez Valderrama & García Rodríguez, 2015, pp. 164). Estos, se encuentran conformados por los delitos contra el derecho a la información de los consumidores, contra los intereses económicos de los consumidores, y contra la salud de los consumidores (García Caveró, 2014, p. 123).

Así, tenemos el delito de especulación (artículo 234), que involucra conductas de comercialización ilegal, por la cual el consumidor paga más de lo establecido oficialmente o un valor que no le corresponde a los bienes adquiridos, ergo, implica un perjuicio económico (García Caveró, 2015, p. 1243); ese valor adicional superior al oficial (delitos de especulación de precios) y real (especulación de cantidades), constituiría el activo ilícito. En ese mismo sentido, el delito de adulteración (artículo 235), en la medida que la variación del artículo de primera necesidad produzca una divergencia con la percepción prevalente en el mercado (García Caveró, 2015, p. 728), protegen los intereses de los consumidores en relación con el interés de los agentes económicos para la preservación de la buena fe comercial o credibilidad en la comercialización de los productos y servicios. Asimismo, el delito de venta ilegal de mercancías (artículo 237), en la cual el activo ilícito deriva del valor pagado por el bien que debía ser distribuido gratuitamente; o, de los beneficios obtenidos por el agente de la comercialización de bienes en lugares donde existen tratamientos tributarios ventajosos. Con relación a esto último, sucedería por ejemplo en la selva peruana a través de la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, Ley 27037, según el cual se dan exoneraciones en tales jurisdicciones en lo referente al Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, Impuestos

al gas natural, petróleo y sus derivados; e Impuesto Extraordinario de Solidaridad y el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos.

Así también, tenemos los delitos contra el orden financiero y monetario, los cuales constituyen delitos de abuso, en la medida que el delito financiero involucra el uso indebido de un producto o actividad financiera que da lugar a una pérdida financiera, y el delito monetario la falsificación que da lugar a perjuicios económicos (Prats, 2019, p. 18). Los delitos financieros también constituyen serias amenazas para las economías, por lo que en el ámbito global se ha visto que existe un interés creciente por la tutela penal de los mercados financieros (Gómez-Jara Díez, 2014, p. 61). De ahí que el Estado se convierte en un ente regulador o garante; por ejemplo, nuestra Constitución Política establece en su artículo 58, que nuestro régimen económico es el de Economía Social de Mercado, restringiendo además su participación en la actividad empresarial, al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial estatal, recogido en el artículo 60 de nuestra Constitución Política, de forma tal que reserva su función de vigilante y controlador.

En los delitos contra el orden financiero, tenemos el delito de concentración crediticia (artículo 244), el cual sanciona al miembro de una empresa perteneciente al sistema financiero que otorga créditos (préstamo), descuentos (interés por anticipo de letra de cambio u otro efecto comercial) o cualquier financiamiento (pagarés, líneas de crédito, financiamientos por cuentas por cobrar o por inventarios), por encima de los límites operativos establecidos en la normativa del mercado (García Cavero, 2015, p. 1660). Su finalidad, es que las empresas que intermedian en el mercado de créditos respeten el límite operativo impuesto al uso

de su patrimonio efectivo, para evitar que los créditos se concentren en determinadas proporciones en una misma persona y proteger el dinero de los ahorristas, y también el acceso a los recursos financieros (García Caveró, 2015, p. 1647). En este caso se podrían generar activos ilícitos cuando, pese a la prohibición, se otorgan créditos a cambio de intereses; los créditos son el objeto del delito previo y los intereses el producto del referido delito previo. Ella constituye delito de abuso, pues para su concreción se hace ejercicio de una posición especial y no se toman en cuenta las prohibiciones administrativas contempladas en la Ley General del Sistema Financiero.

Ahora, el delito de ocultamiento, omisión o falsedad de información (artículo 245), sanciona al que con el propósito de ocultar situaciones de liquidez o insolvencia, omita o niegue proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control; esta contiene la insolvencia como elemento fundamental, lo que hace que el propósito de la actividad delictiva no contenga conductas de emprendimiento económico o su finalidad no es la producción de renta, sino la supervivencia de la personería. En el caso del delito de falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores (artículo 245-A), que sanciona al que proporciona o consigna información o documentación falsa de carácter económico-financiera, contable o societaria referida al emisor, a los valores que emita, a la oferta que se haga de estos, y que el emisor se encuentre obligado a presentar o revelar conforme a la normatividad del mercado de valores, para obtener un beneficio o evitar un perjuicio; sí es posible la generación de activos ilícitos, pues están orientadas a la obtención de beneficio de carácter económico. Finalmente, el delito de pánico financiero (artículo 249), que sanciona la propalación

de noticias falsas que generan un estado de alarma social, ocasionando que los depositantes efectúen retiros masivos de sus fondos; no son conductas generadoras de activos ilícitos, pues el retiro de los fondos lo efectúan los legítimos titulares y la propalación de noticias falsas no podría involucrar impulso rentístico.

En general los delitos que conforman el abanico de conductas criminales que atacan el sistema económico, están íntimamente relacionados al lavado de activos, pues un delito económico lesiona o pone en peligro la regulación jurídica que reglamenta la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (Arocena, 2004, p. 258). Constituyen delitos de abuso, pues los agentes involucrados suelen ser especialmente formados en la materia y son conocedores del funcionamiento del complejo sistema económico y financiero, así como de las leyes que la regulan, lo cual les brinda especial capacidad para eludir fiscalizaciones y/o sanciones, contando incluso con vínculos en el poder político, es decir, los agentes despliegan su actividad criminal en el marco del desempeño de una profesión y con manifiesto abuso de poder. De ahí su vinculación a las organizaciones criminales y, en especial, al lavado de activos, cuyo desarrollo criminal pueden significar la producción de grandes riquezas a través, por ejemplo, de los delitos societarios.

De otro lado, los delitos contra la administración pública también constituyen delitos de abuso, pues involucran el abuso de un poder para obtener beneficios particulares en perjuicio del interés público. El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, publicado el 26 de noviembre del 2005, dejó sentado que están vinculados con la protección de dos objetos específicos: garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración y evitar el abuso del poder del

que se halla facultado el funcionario o servidor público. Estos últimos son los elementos particulares, por el cual los agentes tienen en sus manos la facultad de administración de una parcela del interés general, lo que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. Suelen constituir los denominados delitos propios e impropios, propios porque la cualidad especial fundamenta la responsabilidad, por ejemplo: abuso de autoridad, malversación de fondos, cohecho pasivo, enriquecimiento ilícito o prevaricato; e impropios, porque la cualidad especial solamente equivale a un elemento adicional que agrava o atenúa la responsabilidad existente en un delito común, por ejemplo: concusión (coacciones o estafa) y peculado (hurto o apropiación ilícita) (Montoya Vivanco et al, 2015, p. 56).

Los delitos relevantes son los relacionados al soborno, pues están enfocadas en la obtención de rédito a costa de la vulneración del normal funcionamiento de la administración pública (Hurtado Pozo, 2016, p. 578). En relación con los delitos de corrupción, “los autores no solo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad” (Fernández Bermejo, 2019, p. 39), de ahí que se busca erradicar los beneficios derivados de esta a través de la persecución del proceso de lavado de sus activos ilícitos.

La gestión corrupta de los recursos y servicios públicos incide negativamente en la configuración de las relaciones sociales instituidas de acceso y goce de las ventajas y protecciones que proporciona una administración legal de los recursos públicos. Generando con ello el efecto más pernicioso de la corrupción: un proceso de exclusión. Derechos tales como la salud, la

vivienda, la educación, el trabajo, etc., pensados para toda la ciudadanía, el sistema de corrupción los convierte en intereses negociables distorsionando así la noción más básica de justicia social, que lejos de ser previsible e igualitaria resulta siendo negociable y arbitraria (Guimaray Morí, 2015, p. 62).

Sobre esa base, contrario a lo establecido por la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, publicado el 25 de octubre del 2017, consideramos que los delitos contra la administración pública en general constituyen delitos de abuso. Esto pues los agentes delictivos, en estos casos, cuentan con una posición especial derivada de la función que desempeñan, situación que explotan o abusan para obtener recursos económicos ilícitos. En la normativa, se advierte que contamos con una ingente cantidad de delitos contra la administración pública, por ello, mencionaremos las relevantes, para establecer criterios básicos de delimitación.

En principio debemos resaltar al delito de colusión simple y agravada (artículo 384), que busca proteger la asignación eficiente de los recursos públicos en los contratos del Estado, donde el agente concierda con los interesados para defraudar patrimonialmente en el marco de actos contractuales de naturaleza económica (García Cavero, 2015, p. 1105). El delito de peculado doloso (artículo 387), que involucra que el agente ponga a su disposición los bienes, caudales o recursos públicos, quedándose o apropiándose de ellos. Ambos, constituyen delitos previos, en la medida en que generan activos ilícitos a la manera de una contraprestación por la conducta ilícita ejecutada por el agente, abusando de su poder o facultad. Ello no sucede en el caso de peculado de uso, pues en esta no existe activo ilícito, ya que el bien solo es utilizado por el agente, no trasladando su valor a su ámbito

de dominio. Luego, están los delitos de cohecho, que constituyen un conjunto de conductas orientadas a la compraventa de la función pública (Guimaray Morí, 2015, p. 79). En esta se encuentra el delito de cohecho pasivo propio (artículo 393), soborno internacional pasivo (artículo 393-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394), cohecho pasivo específico (artículo 395), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (artículo 395-A), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (artículo 395-B), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396); las cuales en general sancionan conductas de obtención de ventaja o beneficio a cambio de realizar algún acto conforme (impropio) o contrario (propio) a las funciones, es decir, suponen la compraventa de las funciones del funcionario o servidor público. En los casos de corrupción activa, no podría hablarse de generación de activos ilícitos, pues envuelven menoscabos patrimoniales, pero al ser confluyente a la corrupción pasiva, la generación de activos ilícitos esta desplazada por esta. Así sucede con el delito de cohecho activo genérico (artículo 397), cohecho activo transnacional (artículo 397-A), cohecho activo específico (artículo 398), cohecho activo en el ámbito de la función policial (artículo 398-A); las que sancionan al agente que entrega ventaja o beneficio a funcionario o servidor público, comprando su determinación en el ejercicio de sus funciones.

Como ya lo hemos indicado, los actos de corrupción buscan la obtención de ventajas indebidas. De modo que se ha afirmado que el agente corrupto se decide a actuar después de calcular que obtendrá una ganancia significativa, la misma que justifica correr los riesgos que implica el acto de corrupción. Sin embargo, esta observación debe ser completada considerando que las

estructuras del mercado condicionan la corrupción. (Hurtado Pozo, 2016, pp. 590-591).

Finalmente, los delitos contra fe pública también conforman delitos de abuso, pues involucran vulneración a la confianza en el tráfico jurídico y pueden derivar en la afectación del patrimonio. El bien jurídico protegido por los delitos de falsedad ha sido caracterizado por la doctrina, como la seguridad en el tráfico jurídico o la fe pública, que es la confianza que el ciudadano deposita en determinadas formas y características de ciertos instrumentos que le permiten ser adecuadas para satisfacer las necesidades que exigen las relaciones sociales (Marín, 2008, p. 901); por ello, constituye un bien jurídico colectivo, en razón de que con su vulneración no solo se afecta la fe personal o de un grupo, sino de la sociedad, ergo, puede constituir una forma de defraudación. Se advierte que estos requieren perjuicios o potencialidad de perjuicios; por eso mientras que la falsedad se consuma cuando el documento queda perfeccionado, la obtención de activos ilícitos está supeditada a su utilización y posterior derivación de bienes económicos. Así, tenemos los delitos de falsificación de documentos (artículo 427), falsedad ideológica (artículo 428), fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales (artículo 434), falsedad genérica (artículo 438), falsedad genérica agravada (artículo 438-A), y, fabricación y falsificación de moneda de curso legal (artículo 252); el activo ilícito en este último caso no están constituidos por los billetes o monedas falsos, en tanto que estos conforman objetos inidóneos para el tráfico económico, sino el bien (dinero o cosas) derivado del intercambio de tales billetes y monedas a través de las diversas modalidades de transacciones fraudulentas.

Lo característico es que existe un medio fraudulento relacionado a la falsedad, que implica abuso de la confianza del tráfico jurídico, relevante en el tráfico económico. Sin embargo, se advierte también que en estos supuestos, solo en la fase de agotamiento se puede obtener activos ilícitos, por ejemplo, cuando se usa un documento falso para obtener la propiedad de un inmueble, este constituiría un activo ilícito, donde el delito ya se ha consumado con la sola elaboración o uso del documento falso. Esto, con excepción de los casos de fabricación o tenencia de instrumentos para falsificar, la cual por sí sola no es idónea para producir activos ilícitos, salvo que de la fabricación devenga la comercialización, lo cual transformaría al tipo penal, en uno productor de activos ilícitos.

C. Los delitos de producción

El término producción involucra un conjunto de conductas de creación de riqueza, sobre la base de la transformación de las materias primas. Este proceso, se encuentra integrada por 3 elementos indispensables, el capital, el trabajo y la naturaleza (Cabanellas, 2008, p. 503). En el ámbito económico, producción alude a un emprendimiento para la creación de bienes y mercancías, por medio del cual se obtienen riquezas; por lo mismo requiere de factores como una actividad (el trabajo), el objeto (las cosas) y los medios (de producción). No obstante, tal conceptualización general del proceso productivo ha ido evolucionado con el tiempo, hasta las modernas sociedades industrializadas, con formas complejas y eficientes de producción.

En la economía moderna, la producción se enmarca en un sistema (mercado) que emite señales (precios) que guían la asignación de los

recursos productivos, y jerarquizan las necesidades, permitiendo una relativa autonomización bioenergética de la especie y causando una dramática alteración del equilibrio ecológico preexistente (explosión demográfica); la unidad productiva (empresa) se rige por el principio del máximo beneficio y aplica *inputs* primarios (capital –incluida la tierra- y trabajo) a *inputs* intermedios (materias primas, energía, etc.) para obtener el *output*; el criterio de eficiencia selecciona las técnicas que a igualdad de *inputs* producen mayor *output* (o que obtienen un *output* dado con menor uso de *inputs*) determinan la técnica económicamente eficiente y el nivel de actividad. (Giner et al., 2013, p. 681).

La producción es un proceso que involucra en última instancia la generación de recursos económicos que se distribuyen entre los promotores de la actividad económica, un mayor nivel de producción genera mayores ingresos, ergo, mayor capacidad adquisitiva. Por ello, la productividad es un “indicador del rendimiento de cualquier factor productivo, siendo el resultado de la división de la producción total por el tiempo de ese factor productivo determinado” (Giner et al., 2013, p. 681). A ella están cohesionadas etapas como la de distribución, intercambio y consumo de lo producido, por lo que involucra además de la creación de un artículo o servicio de consumo, la base de la diversificación y el desarrollo de diversas necesidades humanas. De modo que el proceso productivo influye y modifica la naturaleza de las cosas, las capacidades e incluso los conocimientos.

Sobre esa base, un delito productivo debe ser entendido como un acto de emprendimiento destinado a la creación de bienes y servicios (ilícitos), para la

obtención de riquezas que permitan satisfacer necesidades. Ese acto tiene que constituir una actividad socialmente nociva que permita la fabricación, elaboración u obtención de bienes y servicios; las cuales sometidas a la prestación (también ilícita), generan una contraprestación o lucro económico. Como en el proceso productivo formal, el delito productivo requiere de una actividad humana (el trabajo), el objeto del trabajo (las cosas) y los medios de producción (medios ilícitos). Entonces, desde la perspectiva penal, un delito de producción también puede ser entendida como una acción humana destinada a la generación de riqueza, cuyos medios se encuentran prescritos como delito. Se funda esa proscripción en el reconocimiento de la naturaleza perniciosa de la conducta productiva; esto, pues como se ha señalado uno de los objeto de la punición del lavado de activos, aparte de buscar que el agente no profesionalice el proceso de lavado, es evitar la consolidación de conductas perniciosas dentro del mercado económico, para restarle rentabilidad, sobre la base del riesgo en el aumento del crimen organizado y de estructuras no gubernamentales nocivas que traen consigo cuantiosos beneficios ilegales, delincuencia a gran escala y aumento de la violencia. Lo que deriva de la finalidad de restar rentabilidad a las actividades delictivas previas a través de la persecución, decomiso o incautación de los activos ilícitos

La conducta productora ilícita lo que genera es un producto o servicio ilícito, destinada para ser ofertada en un mercado, denominado generalmente mercado negro, donde se determinan los precios que guían la asignación de los recursos productivos ilícitos. El agente productivo debe ser equiparado a una empresa criminal, pues en términos estrictos cualquiera puede ser un agente productivo ilícito, basta solo que el emprendimiento, cuya acción sancionada por una norma

penal, está destinada a una finalidad de obtención de bienes o servicios para la satisfacción de necesidades, la cual debe tener carácter lucrativo. Tanto el emprendimiento ilícito organizado como el individual, como sucede en los casos de las empresas formales, se regirán por el máximo beneficio, aplicando en el proceso productivo, *inputs* de necesaria naturaleza ilícita, para obtener *outputs* de naturaleza lucrativa; de ahí que su eficiencia estará determinada por la complejidad de la actividad ilícita, la capacidad para evadir los controles legales y la rentabilidad obtenida de la demanda. Lo obtenido de la actividad ilícita, la contraprestación, constituye ingreso que se distribuirá entre los intervinientes en la actividad (autores y/o partícipes), lo que les asignará capacidad adquisitiva que será explotado solo a través de un previo proceso de lavado de activos.

Todo proceso productivo es de carácter social, por lo que, a los modos legales de producción, deben reconocerse el referido modo ilícito, el cual ha tenido mayor desarrollo en la actual sociedad globalizada. Ahora, en el ámbito económico existe el término productivismo, asociada a la actitud tendiente a la búsqueda del crecimiento a toda costa, sin valorar los “costes sociales en términos de destrucción del paisaje, deterioro de espacios naturales, traumatismos urbanísticos, marginaciones sociales, salud de la población, condiciones de vida y de trabajo y medio ambiente en general” (Tamames & Gallego, 2010, pp. 646-647). De ahí que, sería más preciso que en este caso hagamos referencia a productivismo y no en estricto a producción, para diferenciarlo de la producción formal o legal, es decir, más que de delitos de producción, de *productivismo delictivo*. En ese sentido, el productivismo delictivo, debe estar caracterizada por que ella constituye un acto de emprendimiento destinado al lucro, cuyos productos y servicios de carácter

económico, constituyen conductas nocivas, derivándose de ellas una renta económica que permite la satisfacción de necesidades, y requieren del proceso de lavado para su correspondiente explotación.

Ahora, el activo ilícito debe ser independiente del producto o servicio ofertado; esta deriva del acto productivo, conductas socialmente nocivas que están sancionadas penalmente; aquella deriva de la oferta y demanda, o más estrictamente de la comercialización del producto o servicio ilícito. De ahí que todo bien que es usado en el proceso productivo, al constituir una herramienta o instrumento del emprendimiento ilícito, no puede ser objeto del lavado; salvo los casos de reinversión del capital ilícito generado, por ejemplo, cuando con el dinero producto de la venta de la droga se obtienen insumos que pueden servir en otros procesos productivos ilícitos. Ello permite diferenciarlo de los delitos de despojo, donde la conducta productiva recae sobre un objeto que luego también puede ser el objeto del lavado, el primer activo ilícito deriva del objeto del delito previo; en el delito de hurto, por ejemplo, el bien sustraído es el primer activo ilícito, adscribiéndole la conducta productora, tal naturaleza ilícita. Pero, en cierta medida se podría asimilar a un delito de abuso, donde también el primer activo deriva de una conducta delictiva previa; pero la diferencia es que en esta existe una posición especial del agente, en el productivismo ilícito no necesariamente, pues involucra el despliegue de un proceso productivo similar al que aplica una empresa formal.

Sobre ese marco podemos identificar productivismos delictivos relevantes. Así, tenemos el delito de sicariato (artículo 108-C), donde el acto de emprendimiento económico constituye la actividad criminal de matar para obtener beneficios, como

en una actividad laboral cualquiera, en este caso de carácter ilícito, existe una prestación de servicio y una contraprestación. Cobra relevancia el delito de conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato (artículo 108-D), que sanciona actos de promoción, favorecimiento o facilitación del sicariato; estos también son generadores de activos ilícitos, en la medida que implica el gasto de bienes para la posterior ejecución del sicariato. En ambos, la actividad ilegal matar a otros constituye la actividad productiva; aunque existen ciertos limitantes, como en el caso de actos de conspiración, que en general sanciona proyectos de acciones o estructuras criminales que se materializan posteriormente (Prado Saldarriaga, 2016, p. 155), la que solo podría quedar en ideación revelada, en todo caso esta requiere una conducta adicional como el aporte de bienes como medios logísticos para la facilitar el proyecto delictivo, que ya constituiría modalidades de promoción, favorecimiento o facilitación, la cual en relación al acto conspirado constituye ya una fase de agotamiento.

Entre los delitos contra la libertad, mencionaríamos al delito de secuestro (artículo 152), donde el acto de emprendimiento involucra la privación de libertad de terceros, con el móvil lucrativo “*obtener una recompensa*”, que constituye el activo ilícito producido; la privación de la libertad es el medio para lograr el desplazamiento patrimonial. La trata de personas (artículo 153), donde el emprendimiento está orientada a la obtención de lucro, debido a que su ejecución sanciona anticipadamente conductas que involucran todo un proceso que va desde la captación, traslado, venta, hasta la explotación de la víctima; sea laboral, sexual, de tráfico de órganos u otro tipo, circunscrito este a la esclavitud o prácticas análogas. La explotación sexual (artículo 153-B), donde la actividad productiva es

obligar a terceros a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener lucro; la esclavitud y otras formas de explotación (artículo 153-C), donde la actividad productiva es obligar a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre; la promoción o favorecimiento de la explotación sexual (artículo 153-D), donde se sanciona la promoción, favorecimiento o facilitación de la explotación sexual, como actividad económica; y todas las conductas típicas relacionados a la explotación humana sancionadas en los artículos 153-F, 153-G, 153-H, 153-I y 153-J del Código Penal. A ellas, se adicionan las modalidades de proxenetismo, cuyas conductas típicas configuran actos de productivismo ilícito a través de la prestación de servicios relacionados a la prostitución sexual, como actividad económica, sancionados en los artículos 179, 179-A, 180, 181 y 181-A del Código Penal. En estas, las conductas involucran la explotación económica de una persona reduciéndolo a una mera cosa, la cual “supone la obtención de utilidad, lucrar, obtener alguna ventaja económica” (Marín, 2008, p. 251). Así también las modalidades de ofensas al pudor público, cuyas conductas configuran productivismo ilícito a través de la realización y oferta de productos de carácter sexual y/o pornográficos, sancionados en los artículos 182-A, 183, 183-A y 183-B del Código Penal; involucran actos similares a un proceso económico que va desde el proyecto comercial y su producción, hasta la comercialización y consumo.

En general, tales delitos involucran un complejo despliegue de recursos humanos y logísticos. Solo la trata de persona en la minería ilegal comprende la especial consolidación de un circuito de trata de menores y adolescentes para su explotación laboral y sexual, por lo que en estos últimos años los delitos que sancionan los actos relacionados a la explotación y a su facilitación, favorecimiento y promoción,

han visto incrementados sus marcos punitivos. Así tenemos la Ley que modifica el Código Penal respecto a las sanciones del delito de explotación sexual en sus diversas modalidades y delitos conexos, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres, Ley 30963, publicada el 18 junio 2019.

Al respecto, son indicativos de dicha situación los hallazgos obtenidos por Jaris Mujica en la zona de La Pampa: “El contexto de precariedad producido por la extracción no formal de oro, las severas condiciones de seguridad y la ausencia del Estado han hecho de Madre de Dios un escenario propicio para el desarrollo de economías delictivas que transgreden sistemáticamente la normativa en materia laboral, ambiental y fiscal. Aquí la explotación sexual comercial, la explotación laboral y la trata de personas para estas formas de explotación son una práctica recurrente” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 365).

Ahora, en los delitos de violación de la intimidad (artículo 154), no se advierten conductas que constituyan actos de productivismo ilícito, sin embargo, conforman actos típicos anteriores a otras que sí lo son. Así tenemos el tráfico ilegal de datos personales (artículo 154-A), que sanciona la comercialización o venta de información no pública, relativa a la esfera privada; o el delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual (artículo 154-B), que sanciona la comercialización de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona. Con relación a los delitos de violación del secreto de las comunicaciones, tenemos el delito de posesión o comercialización de equipos destinados a la interceptación telefónica o similar (artículo 162-A), donde el acto de emprendimiento ilícito constituye la fabricación,

adquisición, posesión y comercialización de equipos o software destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones o similares.

Asimismo, constituyen productivismo ilícito la fabricación y falsificación de moneda de curso legal (artículo 252), el cual sanciona la falsificación de billetes o monedas; cabría preguntarse si el objeto falsificado, inidóneo por sí mismo para el tráfico comercial puede ser objeto delictivo. Desde nuestra perspectiva no, solo luego de obtenida un bien idóneo para el intercambio comercial, producto del uso de las monedas falsas, estamos frente a un bien objeto de lavado de activos. Cuyo supuesto nos traslada al delito de tráfico de moneda falsa (artículo 254), que sanciona la comercialización, distribución o puesta en circulación de monedas o billetes falsificados o alterados; reemplazado está a la mera falsificación como delito previo. La fabricación o introducción en el territorio de la República de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas (artículo 255); y, la emisión ilegal de billetes y otros (artículo 258); generan activos solo en etapas posteriores o que impliquen fases de agotamiento; la punición de estos es relevante, en la medida en que son susceptibles de afectar el orden económico en cuanto orden monetario, cuya alteración trae consigo graves efectos inflacionarios o de desestabilización. El uso ilegal de divisas (artículo 259), que sanciona a los que destinan las divisas asignadas por el Banco Central de Reserva, a un fin distinto del señalado y autorizado; y la retención indebida de divisas (artículo 260), que sanciona al que, teniendo obligación de hacerlo, no entrega indebidamente, al Banco Central de Reserva, las divisas generadas por exportaciones, o las retiene, injustificadamente. Esto en tanto que con relación a la emisión ilegal de billetes, se ha indicado que afecta el orden económico dispuesto por el Estado, en la cual debe incluirse el

manejo de las divisas, “castigándose como delitos monetarios su uso ilegal o la no entrega indebida de las mismas” (García Caveró, 2014, p. 126).

Entre los delitos de elaboración y comercio clandestino, tenemos el delito de elaboración clandestina de productos (artículo 271), que sanciona la elaboración de mercaderías gravadas cuya producción, sin autorización, está prohibida; la elaboración de dichas mercaderías con maquinarias, equipos o instalaciones ignoradas por la autoridad o modificados sin conocimiento de ésta; y la ocultación de la producción o existencia de tales mercaderías. El delito de comercio clandestino (artículo 272), que sanciona el comercio sujeta a autorización, sin cumplir los requisitos; de mercaderías y productos sin el timbre o precinto, cuando deban llevarlo o sin acreditar el pago del tributo; de mercaderías exoneradas de tributos en fines distintos de los previstos; evadiendo el control fiscal; utilizando rutas distintas a las rutas fiscales en el transporte o traslado de bienes, insumos o productos sujetos a control y fiscalización. Estos, guardan relación con el delito fiscal, sobre el cual existe consenso en reconocer que “puede ser un delito del que provengan bienes susceptibles de blanqueo” (Bacigalupo, 2012, p. 16), lo que se explica del siguiente modo: el incremento del patrimonio del delincuente implica la disminución del patrimonio de su víctima; cada ciudadano aporta al erario público, que un defraudador oculte su patrimonio para no aportar implica el decremento en el patrimonio de los no defraudadores; si este patrimonio disminuye, aumenta el del defraudador, la cual es el fruto de la conducta defraudadora; “ese rendimiento es el activo susceptible de blanqueo cuando el fraude fiscal alcance la magnitud necesaria para ser constitutivo de un delito” (Lombardero Expósito, 2009, p. 163).

Entre los delitos contra la seguridad pública tenemos el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos (artículo 279); producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas (artículo 279-A); tráfico de productos pirotécnicos (artículo 279-C); empleo, producción y transferencia de minas antipersonales (artículo 279-D); ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de ómnibus sobre chasis de camión (artículo 279-E); fabricación, comercialización, uso o porte de armas (artículo 279-G). Todas ellas, aunque están relacionadas a la afectación de la tranquilidad y paz pública derivada del respeto por parte de los individuos a las normas que rigen la convivencia (Marín, 2008, p. 643), sancionan conductas que involucran un largo proceso productivo que van desde la fabricación, ensamble o modificación, pasando por la importación, exportación, transporte o depósito, hasta la comercialización o alquiler, de materiales y residuos peligrosos, armas químicas, pirotécnicos, minas antipersonales, chasis de camión y armas.

Entre los delitos contra la salud pública tenemos la producción, comercialización o tráfico ilícito de alimentos y otros productos destinados al uso o consumo humano (artículo 288), comercialización ilegal de alcohol metílico (artículo 288-A), uso de productos tóxicos o peligrosos (artículo 288-B), producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales (artículo 288-C), venta de animales de consumo peligroso (artículo 293), falsificación, contaminación o adulteración de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios (artículo 294-A), comercialización de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios sin garantía de buen estado (artículo 294-B); los que también sancionan actos de productivismo ilícito de productos de uso o consumo humano. Asimismo,

el delito de promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas (artículo 296), comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva (artículo 296-A), tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados (artículo 296-B), micro comercialización o micro producción (artículo 298); los que también sancionan diversas conductas asociadas a productivismo ilícito, en este caso de drogas, insumos químicos y productos fiscalizados. De esta misma naturaleza son los delitos de tráfico ilícito de migrantes (artículo 303-A), que sanciona la promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener lucro o cualquier otro beneficio.

Entre los delitos ambientales tenemos la minería ilegal (artículo 307-A), financiamiento de la minería ilegal (artículo 307-C), tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal (artículo 307-E); las que también sancionan conductas asociadas a productivismo ilícito e involucran la exploración, explotación, extracción y otras actividades productoras de beneficio. Al respecto, por ejemplo, y con relación al manifiesto carácter lucrativo de dicho negocio ilícito, se indica que, en el año 2012, la producción estimada de la minería ilegal “es de 40 toneladas anuales (1286 onzas), que en valor equivaldrían a US\$ 2 146 819.651 millones” (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2019, p. 395); además, su incidencia en la estructura Estatal y social es altamente perniciosa.

Ahora bien, el impacto económico del delito de minería ilegal también es trascendente para el país, en la medida en que se calcula que aporta alrededor de mil millones de dólares cada año. Luego del tráfico ilícito de drogas, la minería ilegal se constituye en la actividad delictiva que ostenta los más altos registros de productividad y ganancias ilícitas, lo cual coadyuva

a proyectar sobre importantes sectores de la población la negativa imagen de que esta forma de criminalidad organizada es un buen negocio en el Perú (Prado Saldarriaga, 2016, p. 415).

Entre los delitos contra los recursos naturales, tenemos el tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre (artículo 308), tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre (artículo 308-A), extracción y procesamiento ilegal de especies acuáticas (artículo 308-B), tráfico ilegal de recursos genéticos (artículo 308-D), tráfico ilegal de productos forestales maderables (artículo 310-A), utilización indebida de tierras agrícolas (artículo 311); las que también sancionan conductas asociadas a productivismo ilícito, en este caso relacionadas a recursos naturales, elementos que permiten el bienestar y desarrollo de la vida. Entre los delitos contra la tranquilidad pública, el delito de organización criminal (artículo 317), que sanciona la promoción, organización, constitución o integración de una organización criminal; el marcaje o reglaje (artículo 317-A), que sanciona el acopio o entrega información, la realización de vigilancia o seguimiento, o la colaboración en tales conductas, para cometer o facilitar la comisión de delitos; la banda criminal (artículo 317-B), que sanciona la constitución o integración de una unión de dos a más personas, para la comisión concertada de delitos; y, la intermediación onerosa de órganos y tejidos (artículo 318-A), que sanciona diversas conductas asociadas a productivismo ilícito de órganos o tejidos humanos de personas.

Se advierte que en general los actos de productivismo ilícito implican una serie de conductas productivas desarrolladas al mismo modo en que lo hace una empresa formal, en la que confluyen factores de producción, capital y trabajo, con el fin de

producir bienes y servicios (ilícitos). En estos casos, las empresas productoras utilizan un complejo proceso productivo ilícito, por ello en la mayoría de los tipos se identifica conductas típicas de producción, procesamiento, traslado, comercialización, y otros; sancionados individualmente, pero que conforman una serie de actos sucesivos de producción. Además, los agentes pueden participar en todas ellas o, eventualmente, en algunas o una de las etapas del proceso productivo; lo que no soslaya la capacidad de generar activos ilícitos. Otra característica relevante es que la oferta de los productos y servicios de carácter ilícito y nocivo socialmente, se dan en un contexto de mercado ilegal o clandestino.

Todas las actividades que conforman el productivismo ilícito están precedidas por la demanda del producto o servicio ilícito, como oportunidad de negocio ilícito, del cual se genera la oferta, promovidos de alguna forma por la deficiente regulación político criminal y facilitados por el sistema del mercado globalizado. Para comprender mejor ese proceso, podemos mencionar los caracteres identificados en el tráfico ilícito de medicamentos, las cuales pueden ser asociados a las actividades de los grupos dedicados al crimen organizado. Así, se han identificado las siguientes fases (Sanz & Framis, 2015, p. 16-17): la adquisición, a través de la compra de medicamentos ilegales a terceros países o farmacias legales pero utilizando prescripciones o recetas médicas falsas, esta incluye la propia producción de los medicamentos en laboratorios clandestinos; el almacenaje, lo cual se produce una vez adquirido y recibido el producto, depositándose en almacenes u otros; y la distribución o venta del producto al consumidor final, a través de empresas de paquetería y entregas directas por particulares, esta incluyen labores de asesoramiento sobre la posología y periodicidad del consumo

aunque las personas que lo realizan no son farmacéuticos, esta demanda un mayor número de sujetos ejerciendo labores de distribución, por lo que se escoge agentes con amplia red de clientes potenciales.

Puede advertirse que cada una de las referidas fases implica un despliegue de recursos económicos para su consolidación, ergo, tales recursos constituyen activos ilícitos derivados del proceso productivo que solo puede ser explotado a través de los actos de lavado. Lo anterior, como se ha identificado en los párrafos precedentes, sin dejar de desconocer que también existen productivismo ilícito al modo de prestación de servicios, la misma que si bien tiene un propio proceso, en ellas pueden identificarse los elementos comunes de demanda y oferta. Lo que distinguirá a esto último es que el servicio está referido a actividades que involucran explotación humana, como por ejemplo la explotación sexual, la cual trae consigo no solo la afectación de derechos de carácter individual como la libertad o dignidad humana, sino además colectivos, como el de seguridad y salud pública.

CAPITULO IV

DISCUSIÓN

En el afán de desarrollar la tesis en un marco teórico correctamente delimitado, aun de manera genérica, he resaltado la relevancia del lenguaje en la individualización de las normas penales. Esto, pues el derecho es lenguaje y los caracteres de esta permiten individualizar los elementos de aquella. Como se ha señalado, particularmente en el ámbito del derecho, el lenguaje está sujeto a constantes y variadas interpretaciones por su relevante indeterminación que no permiten atribuirles significados concretos en todos los casos. Sobre esa base, buscamos interpretar el precepto normativo relacionado a los delitos previos, para adscribirles contenido concreto con relación a su capacidad de generar activos ilícitos, y sea como consecuencia bien aplicada. Ese contenido, relacionado a la naturaleza y elementos de los dispositivos que permitan sistematizarlos, permiten concretizar una función normativa del objeto de investigación, al delimitar qué delitos son delitos previos; predictiva, al delimitar las consecuencias de su valoración; y, explicativa, al establecer los factores que determinan dichas delimitaciones. Pues, como se ha indicado, el Código Penal agrupa en su parte especial un catálogo amplio de conductas, las cuales han sido examinadas para determinar nuestra primordial interrogante, ¿qué delitos tienen la capacidad de generar *activos ilícitos* que sean objeto de las operaciones del lavado de activos? Lo que repercute en el manejo y aplicación del derecho en cuanto a esta materia.

Con relación a los activos ilícitos hemos partido por contextualizarnos en la teoría ontológica existencial, por cuanto resulta relevante, por cuanto aun en su vertiente

cristiana o atea, consideran que la existencia precede a la esencia, lo que permite aseverar que el ser humano es un proyecto, ergo, sujeto consciente transformador de su realidad o el ser de las cosas para obtener de ella posibilidades de habitabilidad o coexistencia. En ese proceso crean conceptos, entre ellas, el de activos ilícitos, como nomenclatura que define a los resultados de una conducta de emprendimiento humano, resultado de un trabajo de producción ilícita, asociada a la transgresión de una ley penal, en la medida que incluso desde la perspectiva teológica, se reconoce la capacidad transformadora de la ley humana positiva.

En el plano criminológico se han dado diversas justificaciones a la actividad delictiva, pese a la validez que pueda tener cada una, hemos resaltado que en la mayoría de ellas se rescata una relevante motivación económica. A partir del cual se ha identificado el denominado *impulso rentístico*, como el estímulo por obtener una ganancia a través de conductas prohibidas, lo que será el denominador común a todo delito determinante de los activos ilícitos objeto de los actos del lavado de activos. Esto, sobre la base de que existe un modo de producción ilegal con su propio proceso, traducido en: la especulación lucrativa del delincuente; la acción ilícita productora, como un medio para obtener patrimonio; y el activo ilícito como el valor del bien producido. En ella, se encuentra implícito otro fenómeno que he denominado transferencia de valor ilícito, por el cual un activo ilícito lo es, precisamente porque su origen es delictivo.

Al analizar los derivados o productos delictivos, hemos dado cuenta que existe diversa nomenclatura que no se sostiene o no permite efectuar una adecuada función hermenéutica. Desde esa perspectiva, resulta adecuado el uso de la

nomenclatura *activos ilícitos*, para abarcar todo tipo de productos delictivos, descartándose solo a las ganancias, efectos o capital. Por eso, *activo ilícito* es el rótulo que define al valor obtenido de un proceso productivo ilícito. De otro lado, el activo ilícito al ser pasible de satisfacer las necesidades humanas, ergo, con valor lucrativo, si bien constituye patrimonio en sentido económico, no así en un sentido jurídico, ya que ellas provienen de actividades proscritas. Al estar constituidos por bienes valorables monetariamente, solo tienen potencialidad de generar efectos jurídicos y ser pasibles de transmisión a través de los actos de lavado.

En cuanto a la génesis de los activos ilícitos, se advierte, considerando los modos de producción lícita, que las economías ilícitas explotan medios de producción antijurídicos, produciéndose, a partir de ellas, beneficios ilegales. Esto, pues reconocemos que las economías ilícitas de explotación de bienes y servicios proscritos son también estructuras económicas. Lo que nos permite identificar bienes derivados del delito previo; bienes sustitutivos procedentes indirectamente del delito previo; y bienes en cadena sometidos al proceso de blanqueo. Asimismo, identificar diferentes procesos de producción ilícita, en una primera, la conducta productiva ilícita recae de manera directa sobre un bien que adquiere así el carácter de ilícito; en una segunda, la conducta productiva ilícita recae sobre objetos no patrimoniales, pero de ellas sobrevienen contraprestaciones que constituyen activos ilícitos; en una tercera, se utilizan los derivados delictivos para la generación de otras ganancias, al modo de una capitalización de utilidades. Así, un activo es ilegal siempre que provenga de una actividad ilícita e incluso siempre que derive de un capital ilícito, es decir, las ganancias ilícitas primigenias como las sucesivas, para efectos penales, no tendrían que dejar de tener tal condición, lo cual sustenta

el *lavado por sustitución*. Esto además ha permitido distinguir tres clases de activos: los derivados directos, objeto de conversión; los activos transformados, objeto de intercalación; y los mezclados, objeto de ocultamiento y tenencia.

En cuanto a la actividad delictiva previa, estas son aquellas conductas económicas ilícitas productoras de activos ilícitos posibles de ser explotados para la mediata o inmediata satisfacción de necesidades; activos sin contenido patrimonial en sentido jurídico, con contenido y valor en sentido económico. Con relación a esto, se ha identificado tres sistemas de prescripción de las conductas constitutivas de delito previo del lavado de activos, así tenemos los sistemas: extensivos, restrictivos o cerrados, y mixtos. Este último es el adoptado en nuestro país, pues además de una lista de delitos individualizados, la ley incorpora una cláusula que permite considerar delito previo a *cualquier otro con capacidad de generar activos ilícitos*.

En cuanto a la perspectiva del delito como emprendimiento generador de activos ilícitos, se ha identificado que, en la prescripción de los delitos previos, no existe violación de la legalidad, en consecuencia, del mandato de determinación; sobre la base de que el lenguaje limita la claridad y precisión absoluta, y que el lenguaje admite cierto grado de indeterminación. Por ello, las problemáticas de la tesis son trasladadas al ámbito de la actividad de interpretación jurídica, para atribuir significado al texto normativo en cuestión. Así, el delito previo es un concepto jurídico indeterminado, cuya delimitación puede concretarse utilizando criterios técnicos formales, jurídicos y económicos, siendo compatibles con el principio de legalidad. Dicha delimitación, debe estar sujeta a los particulares elementos que conforman cada tipo penal, que les adscriben cualidades para generar bienes que

pueden ser objeto del delito de lavado de activos. Además, para efectos de una sentencia condenatoria, independientemente del medio probatorio requerido, se debe tener certeza de que el producto económico ilícito, deriva de una conducta delictiva, al cual los actos de lavado están vinculados indisolublemente. Esto, no involucra considerar el delito previo como elemento normativo del tipo de lavado de activos, pues solo lo es el origen ilícito; lo que a buena cuenta exige que se postule la conducta delictiva que originó el activo ilícito, aun en sus circunstancias básicas, de lo que se desprende la importancia de delimitar que delitos tienen o no la cualidad de generar activos ilícitos, ergo, constituir delitos previos.

Con relación a los delitos con capacidad de generar activos ilícitos, he partido de la premisa de que el ámbito macroeconómico ha establecido que el lavado de activos perjudica gravemente la estabilidad y solidez de los sistemas económicos. Lo que permite inferir que el lavado de activos tiene por objeto recuperar los activos del mercado ilegal y combatir la rentabilidad de las actividades criminales. En ese contexto, recogiendo las conocidas delimitaciones típicas efectuadas en amplia doctrina de la parte general del Derecho penal; efectuamos marcos de individualización del delito previo, con aptitud para generar activos ilícitos.

En esa perspectiva, señalo un ámbito de delimitación referida al bien jurídico protegido, bajo la premisa de que este cumple, entre otros, una función limitante de interpretación de los tipos penales, condicionando así su sentido y alcance. He considerado pues que la prescripción del lavado de activos se enmarca en una especial lucha contra los ingresos económicos derivados de emprendimientos lucrativos ilícitos; por ello su punibilidad estaría supeditado a la homogeneidad de

esa finalidad con la del delito previo, en la medida que se requiere como presupuesto que los delitos determinantes generen activos de estricto carácter económico, desde un emprendimiento de generación de recursos. Así, efectuando un análisis de los tipos penales de nuestro Código Penal, advierto concretos tipos orientados a la protección de bienes jurídicos que guardan vinculación con la finalidad típica del lavado de activos, un ejemplo relevante, son los delitos contra el orden económico, las cuales sancionan diversas conductas destinadas a la consolidación de un lucro, y pueden generar ingentes activos que afectarían el sistema económico y las estructuras sociales, cuyos activos ilícitos solo podrían ser introducidos a dicho sistema a través del proceso de lavado. Todo esto ha decantado en la postulación del criterio de cierta homogeneidad entre el bien jurídico del delito previo y el del lavado, en tanto que ambos involucran actos de afectación a bienes de contenido patrimonial o económico que incidan sobre las estructuras económicas de los Estados.

Sobre esto, he resaltado el criterio del lucro como agravante genérica de la Parte General del Código Penal, prescrita en su artículo 46, inciso 2, literal c, que señala como circunstancias agravantes genérica el ejecutar *la conducta por precio, recompensa o promesa remuneratoria*. Esta es una regla general que obliga a circunscribir una conducta cuya estructura típica no comprende actos de emprendimiento económico, dentro de los delitos previos, si conforme a ello y de las circunstancias concretas se desprenda una motivación lucrativa. Así, existen delitos que tienen una motivación claramente lucrativa sea porque su estructura típica incluye dicha motivación o por la naturaleza de las conductas típicas; también existen tipos que pueden contener la referida motivación lucrativa sobre la base de

una cláusula agravante específica o de la citada cláusula general; pero se advierte que también existen tipos a las que no se les puede adscribir la referida motivación lucrativa ni en sus cláusulas específicas ni en la cláusula general, pues sus bienes jurídicos no son homologables al del lavado de activos. Es relevante señalar que cuando una agravante específica convierte la conducta en un tipo de emprendimiento lucrativo, esta sustituye al delito (base).

Otro criterio desarrollado es según el grado desarrollo del delito. Con relación al cual postulo que la ideación delictiva, cuya regla es su impunidad, no debe ser siquiera sugerida para efectos de delimitar los delitos previos, pues no constituyen ilícitos penales y la simple ideación no involucra un acto objetivo de emprendimiento lucrativo. He planteado sí, la admisión de los actos preparatorios punibles, como delitos previos; excluyéndose los actos preparatorios no punibles, pues por sí solo no conforman una conducta objetiva penalmente relevante, constituyen conductas pre-ejecutivas que implican un peligro de intensidad débil y requieren siempre de una actuación ulterior, además no estamos frente a un ilícito penal pues no existe ni tipicidad ni antijuridicidad. He mencionado que la tentativa, al constituir un tipo penal, aunque dependiente, es idóneo para generar activos ilícitos, ergo, configurar delitos previos; en relación a la tentativa inidónea y los delitos irreales, he concluido que al no constituir conductas previas idóneas (transformadoras) y suficientes para generar activos ilícitos, quedan excluidos para considerarlos delitos previos, lo que pasa también en los casos de ausencia del tipo; respecto al desistimiento, considero que en este supuesto se puede manifestar una conducta como acto de emprendimiento lucrativo ilícito, del que puede devenir activos ilícitos. En cuanto a la consumación y agotamiento, ambos supuestos siempre involucran la generación

de activos ilícitos; incluso en casos donde el agente ha actuado en situaciones de inculpabilidad o de causales de exención de pena o extinción de la acción penal como la prescripción; en la medida de que el activo ilícito solo tendrá apariencia de licitud a través del proceso de lavado, y las únicas formas en que el capital adquiere licitud es a partir de su decomiso o incautación, de su reincorporación al ámbito de dominio del titular legítimo del activo, o en los supuestos de mezcla, en los casos de ruptura de la cadena de operaciones por intervención de terceros de buena fe.

Además, he desarrollado criterios referidos a las clases de tipos penales. Así, los delitos dolosos en general son idóneos para generar activos ilícitos, resultando importante identificar que concurra dolo al momento de la ejecución de la conducta para descartar supuestos de imprudencia. Los delitos culposos no son idóneos para generar activos ilícitos, por su falta de relevancia y porque es producto del error, no es asimilable a emprendimientos lucrativos; además, su reproche tiene base en el incumplimiento de deberes de cuidado, no involucra conducta productiva porque en ellas el agente no quiere causar el resultado. El delito de resultado puede implicar la obtención de un beneficio económico ilícito, son idóneos para generar activos ilícitos. El delito de actividad también puede implicar la obtención de activos ilícitos, en sus fases posteriores de consumación o agotamiento, no necesariamente sancionados por este, pero íntimamente vinculado a ella. Los delitos permanentes y de estado, pueden generar activos ilícitos en su consumación, permanencia o agotamiento. El delito cualificado por el resultado está supeditados a la capacidad lucrativa del delito base, salvo los casos donde la conducta cualificada constituye un delito autónomo con capacidad de generar activos ilícitos. El delito de lesión es apto para generar activos ilícitos en fases posteriores a la consumación, para lo

cual deberá estar conformado por el especial ánimo de lucro. El delito de peligro abarca conductas idóneas para generar activos ilícitos y otras no. El delito de emprendimiento, demanda ingentes recursos para la materialización de todo un proceso delictivo, son típicos casos de delitos previos, destinados a la generación de lucro. El delito simple y compuesto no tiene relevancia en la determinación del delito previo, existen delitos uniofensivos como pluriofensivos que tienen o no capacidad de generar activos ilícitos. El delito de acto, pluralidad de actos y alternativos, tampoco permiten delimitar los delitos previos; los delitos de acto, por ejemplo, aun en una fase ulterior a su consumación es posible de generar activo ilícito; lo mismo en los casos de pluralidad de actos y alternativos, los que pueden producir activos ilícitos si están precedidas de conductas productivas. El delito común y especial, solo limita la condición especial del autor, lo que no tiene implicancias en los activos ilícitos. El delito base, derivado y autónomo, tampoco resultan relevantes, pues la capacidad de generar activos ilícitos depende de su orientación a la generación de renta. El delito congruente no tiene mayor implicancia ya que existen tipos penales que producen o no activos ilícitos. El delito incongruente por exceso subjetivo, en cuanto actos preparatorios, son idóneos para generar activos ilícitos; por exceso objetivo (imprudentes), no son posibles de generar activos ilícitos, pues no contienen el impulso rentístico; por exceso subjetivo portadores de elementos subjetivos distintos del dolo, son conductas autónomas capaces de generar activos ilícitos; los de tendencia intensificada también conforman casos típicos de delitos previos, donde suele estar presente el impulso rentístico. Los delitos de comisión conforman los delitos previos; los delitos omisivos propios no, porque en esta el sujeto activo no efectúa un movimiento corporal, no existe una actividad productiva; lo contrario sucede en el delito de

omisión impropia, que si involucra un emprendimiento económico en modo omisivo. Los delitos resultativos están orientados a la producción de un resultado, son aptos para generar activos ilícitos. Y los delitos de medios determinados están condicionados a que tales medios involucren conductas de producción de lucro.

De otro lado, he desarrollado un criterio de gravedad, sobre la base de que el lavado de activos busca prevenir la alteración de los sistemas económicos evitando que activos ilícitos ingresen a los circuitos económicos legales y prevenir que determinadas conductas se conviertan en un negocio, a costa de la integridad social. Existen delitos que, por su ínfima lesividad, no solo para la generación de activos suficientes e idóneos para poner en peligro el sistema económico formal, sino además para su propio objeto, no resulta justificado incluirlas en el catálogo de delitos previos. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, la ampliación desmesurada de los hechos previos genera un control económico y social excesivo, que recae en un innecesario desgaste judicial. Así, la primera consideración es que solo aquellos tipos que sancionan la conducta productiva ilícita, con una pena privativa de la libertad, sean delitos previos; el segundo criterio, está referido al valor económico de los bienes objeto del lavado, para no contravenir el principio de intervención mínima, a lo cual se adhiere la idoneidad que debe tener el objeto del delito para afectar o poner en peligro el bien jurídico, su insignificancia nos llevaría a la atipicidad; por eso, postulo que el criterio del valor del objeto del delito se limite al valor oficial referencial, es decir, la gravedad del delito debe definirse sobre la base del valor de los activos que sean superiores a una Unidad Impositiva Tributaria, pues esta define el quehacer económico, ergo, solo aquellos actos que superen tales valores pueden ser idóneos para perjudicar el sistema

económico. Sobre eso, es necesaria la prescripción del lavado por debajo del mínimo legal de 1 UIT, en condición de faltas, como sucede en las faltas contra el patrimonio; con la excepcionalidad de los delitos continuados, si en conjunto superan el límite de 1 UIT. El criterio del marco punitivo lo descartamos, pues existen conductas típicas pasibles de generar ingentes recursos ilícitos que facialmente pueden afectar el sistema económico, y están sancionadas con unas penas por debajo de los 4 años de pena privativa de la libertad, es más, pueden tener penas leves, pero por su reiteración o la forma de su comisión pueden expresar una especial desvaloración. También descartamos el criterio de delitos vinculados a la gran criminalidad, pues se estarían excluyendo delitos que sí afectan el bien jurídico y son idóneos para generar activos ilícitos.

En cuanto al criterio de similitud con los delitos enumerados taxativamente, he concluido que este no es concordante con la finalidad teleológica del lavado de activos, que busca evitar no solo la distorsión del sistema económico con la producción desmedida de riquezas económicas a través de actos socialmente nocivos, sino además evitar la distorsión del sistema social con la normalización de las conductas ilícitas como actividades económicas. Existen delitos no necesariamente vinculados al crimen organizado, que involucran la producción de ingentes recursos ilícitos, y distorsionan el sistema económico y social. Además, establecer un criterio de similitud, proporciona una amplia discrecionalidad que puede llevar al juzgador hacia la arbitrariedad.

Finalmente, he desarrollado un criterio rentístico, sobre la base de la delimitación efectuada en el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2017-CIJ-116. Así, tenemos

los delitos de despojo, que comprende la negación a la posibilidad de ejercer el dominio legítimo de un bien, en estos constituirán bienes con capacidad de ser lavados, los que derivan de la acción generadora, esto es, la acción delictiva será la conducta productora de los activos y los bienes obtenidos de dicha conducta los activos objeto de lavado. La conducta productora debe implicar un quiebre ilícito del dominio legítimo sobre el bien (ejercida por el posesionario y/o propietario), y puede ser a través del engaño, la violencia, o algún otro tipo de abuso penalmente reprochado. El activo ilícito es el producto derivado de la conducta económica ilícita, que no es sino la cosa desposeída, la cual adquiere la propiedad ilícita en el momento que los actos ejecutivos se despliegan hacia la producción u obtención del beneficio, materializado con desvanecimiento del dominio sobre el bien por el legítimo propietario y/o posesionario; la conducta se encuentra premunida del impulso rentístico, como voluntad de usurpación y enajenación de intereses y potestades jurídicas legítimas, lo que adscribe la cualidad de ilícita al bien sobre el cual recae, su valor para efectos jurídicos deja de ser lícito y se convierte en ilícito, la cual solo podría ser incorporado al tráfico económico a través del lavado de activos. No es que los tipos penales sancionen expresamente como conductas típicas actos de despojo, sino conductas asimilables al despojo o que contienen la naturaleza de esta, cuyo *quid radica* en la ruptura del poder de dominio sobre el bien ejercido por su legítimo poseedor y/o propietario. Constituyen delitos de despojo por excelencia, aquellos destinados a la protección del patrimonio o el caudal de bienes y derechos de un individuo, una persona jurídica o una institución pública. Es posible identificar que, en esta categoría, los bienes despojados constituyen el primigenio activo que puede ser objeto de lavado. Desde esa perspectiva, el bien ilícito que derive de otro ilícito (hurto de un bien ya robado),

solo implica la reproducción de la cualidad ilícita del bien, cualquier acto posterior de disposición es asimilable al lavado de activos; en estos supuestos, se ha generado un nuevo hecho que solo replica la ilicitud. Así, postulo que una conducta de la categoría de delitos de despojo contienen los siguientes elementos: solo pueden ser objeto los bienes que tengan valor económico; el sujeto pasivo debe tener relación lícita con el bien; debe existir un quiebre en el ejercicio del dominio produciendo la disminución económica del caudal patrimonial del titular; el referido quiebre debe implicar la potencialidad de explotación del bien; y, ese bien sobre el cual recae la conducta delictiva constituye el primer activo, es decir, el bien sobre el cual recae la conducta productora es el mismo sobre el cual recaerán los primeros actos de lavado.

En cuanto a los delitos de abuso, estos involucran el uso indebido de una especial posición o una superioridad material que da ventajas sobre otros. En general recaerán sobre valores o bienes jurídicos distintos a los puramente patrimoniales, estas afectarán de manera directa bienes distintos como sería la libertad; pero de forma agregada, podrán derivar de ellas activos ilícitos en una modalidad asimilable a una contraprestación, es decir, el primer activo derivará de manera indirecta o posterior a la conducta ilícita productora. Así, tenemos los delitos contra el orden económico, que constituyen delitos de abuso en la medida en que los agentes están especialmente formados y son conocedores del complejo sistema económico, de las leyes que le brindan especial capacidad para eludir sanciones, corromper a las entidades fiscalizadoras y sancionadoras, con vínculos especiales hacia el poder político, aparentemente respetables y de elevada posición socio-económica, quienes despliegan su actividad criminal en el marco del desempeño de un título,

profesión y/o con abuso de poder. Contrario a la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, considero que constituyen delitos de abuso los delitos contra la administración pública, pues involucran el abuso de un poder encomendado, donde el agente tiene una posesión especial, la cual explota para la obtención de activos ilícitos. Los tipos penales resaltantes son los delitos relacionados al soborno, que están enfocadas a la obtención de rédito con abuso del cargo o posición.

En cuanto a los delitos de producción, inicio señalando que un delito productivo, es un acto de emprendimiento destinado a la creación de bienes y servicios (ilícitos), para la obtención de riquezas. Ese acto, tiene que constituir una actividad socialmente nociva que permita la fabricación, elaboración u obtención de bienes y servicios; las cuales sometidas a la prestación (también ilícita), generan una contraprestación o lucro. Como en un proceso productivo formal, el delito productivo, requiere de una actividad humana (el trabajo), el objeto del trabajo (las cosas) y los medios de producción (medios ilícitos). Así, la conducta del agente delictual productivo debe ser equiparado a una empresa, por lo cual cualquiera puede ser reconocido como un agente productivo ilícito, basta que el emprendimiento cuya acción este sancionada por una norma penal, este además destinada a una finalidad de obtención de lucro. Esto pues tanto el emprendimiento ilícito organizado como el individual, como sucede en los casos de las empresas formales, se rigen por el máximo beneficio, aplicando en su proceso productivo, *inputs* de necesaria naturaleza ilícita, para obtener *outputs* de naturaleza lucrativa.

En el ámbito económico existe el termino productivismo, asociada a la actitud tendiente a la búsqueda del crecimiento a toda costa, sin valorar los costes sociales.

De ahí que es preciso que en este caso más que de delitos de producción, se haga referencia a productivismo delictivo, caracterizada por un acto de emprendimiento destinado al lucro, cuyos productos y servicios económicos constituyen conductas nocivas, derivadas en una renta que requieren del proceso de lavado para su explotación. El bien generado es independiente del producto o servicio ofertado; esta deriva de una conducta productiva, aquella de la oferta y/o demanda o estrictamente de la comercialización del producto o servicio ilícito. En general estos involucran un complejo despliegue de recursos y etapas, como sucede en la trata de personas en la minería ilegal, que comprende la especial consolidación de un circuito de trata de menores y adolescentes para su explotación laboral y sexual. Los actos de productivismo ilícito, comprende un complejo proceso productivo ilícito, desarrollado al mismo modo en que lo hace una empresa formal, en la que confluyen factores de producción, capital y trabajo, con el fin de producir bienes y servicios. Por ello en la mayoría de estos tipos penales se identifica conductas de producción, procesamiento, traslado, comercialización y otros; sancionados individualmente, pero que conforman una serie de actos sucesivos de producción.

CONCLUSIONES

Sobre la base del contenido desarrollado en la presente tesis, elaboro algunas conclusiones consolidadas en los siguientes postulados:

1. El lenguaje en el derecho cumple diversas funciones, en el caso de los delitos previos del lavado de activos, 3 específicos: una función normativa, al permitir delimitar qué delitos son delitos previos; una función predictiva, al permitir pronosticar las consecuencias de su valoración; y explicativa, al establecer los factores que determinan dichas delimitaciones. Determinar los delitos con capacidad de generar *activos* ilícitos, repercute en el manejo y aplicación del marco normativo del lavado de activos.
2. El ser humano es un proyecto, en consecuencia, sujeto consciente transformador de su realidad o el ser de las cosas para obtener de ella posibilidades de habitabilidad o coexistencia. En ese proceso, crean los conceptos, entre ellas, el de activos ilícitos, como aquella que define a los resultados de una conducta de emprendimiento humano, resultado de un trabajo de producción ilícita, asociada a la transgresión de una ley penal correctora.
3. El plano criminológico permite identificar una relevante motivación económica en la actividad delictiva, donde está presente el denominado *impulso rentístico*, como el estímulo por obtener ganancias a través de conductas prohibidas, lo que será el denominador común a todo delito determinante de los activos ilícitos. La producción ilegal tiene su propio proceso, traducido en: la especulación

lucrativa; la acción ilícita productora; y el activo ilícito como el valor del bien producido. En esta, es implícito el fenómeno de transferencia de valor ilícito, por el que el activo ilícito lo es porque su origen es delictivo.

4. El uso de la nomenclatura activos ilícitos, orienta mejor la labor hermenéutica, en la medida que abarca todo tipo de productos delictivos, descartándose solo a las ganancias, efectos o capital. El activo ilícito al ser pasible de satisfacer las necesidades humanas, ergo con valor lucrativo, si bien constituye patrimonio en sentido económico, no así en un sentido jurídico, ya que ellas provienen de actividades proscritas. Constituidos por bienes valorables monetariamente, tienen potencialidad de generar efectos jurídicos en el tráfico económico a través de los actos de lavado.

5. Las economías ilícitas de explotación de bienes y servicios proscritos son también estructuras económicas. Así, existen bienes derivados de los delitos previos; sustitutivos procedentes indirectamente de los delitos previos; y en cadena que hayan sido sometidos al proceso de blanqueo. Estos derivan de procesos de producción ilícita, donde la conducta ilícita recae de manera directa sobre un bien que adquiere ilicitud, sobre objetos no patrimoniales, pero de los cuales sobrevienen contraprestaciones que constituyen activos ilícitos; y sobre derivados delictivos para la generación de otras ganancias, como capitalización de utilidades. Así, un activo es ilegal en la medida en que no solo provenga de una actividad ilícita, sino que derive de un capital ilícito, lo cual sustenta el *lavado sustitutivo o por sustitución*. Esto ha permitido distinguir tres clases de activos:

los derivados directos, objeto de conversión; los activos transformados, de intercalación; y los mezclados, de ocultamiento y tenencia.

6. La actividad delictiva previa es aquella conducta económica ilícita, productora de activos ilícitos posibles de ser explotados. Existen tres sistemas de prescripción del delito previo, así tenemos los sistemas: extensivos, restrictivos o cerrados, y mixtos; este último el adoptado en nuestro país.
7. El delito previo es un concepto jurídico indeterminado, cuya delimitación puede concretarse utilizando criterios técnicos formales, jurídicos y económicos, siendo compatibles con el principio de legalidad. La delimitación debe estar sujeta a los particulares elementos que conforman cada tipo penal, que les adscriben cualidades para generar bienes que pueden ser objeto del delito de lavado de activos. Para una sentencia condenatoria, se debe tener certeza de que el activo ilícito deriva de una conducta delictiva; de ahí la importancia en delimitar qué delitos cuentan con la cualidad de generar activos ilícitos.
8. En el ámbito macroeconómico se ha establecido que el lavado de activos perjudica gravemente la estabilidad y solidez de los sistemas económicos. Lo que permite inferir que tiene por objeto recuperar los activos del mercado ilegal y combatir la rentabilidad de las actividades criminales.
9. La prescripción del lavado de activos se enmarca en una especial lucha contra los ingresos económicos derivados de emprendimientos lucrativos ilícitos; por eso su punibilidad estaría supeditado a la homogeneidad de esa finalidad con

la del delito previo, en la medida de que se requiere como presupuesto que los delitos determinantes generen activos de estricto carácter económicos. Esto decanta en el criterio de cierta homogeneidad entre el bien jurídico del delito previo y el del lavado, en la medida en que ambos deben involucrar actos de emprendimiento rentístico y afectación de bienes de contenido económico.

10. El criterio de lucro, como agravante genérica de la Parte General del Código Penal, prescrita en su artículo 46, inciso 2, literal c, es una regla general que obliga a circunscribir una conducta cuya estructura típica no comprende actos de emprendimiento económico, dentro de los delitos previos, si conforme a esta, de las circunstancias concretas, se desprende una motivación lucrativa.
11. Existen delitos que tienen una motivación lucrativa, sea porque su estructura típica incluye dicha motivación o por la naturaleza de las conductas típicas; también existen tipos que pueden contener la referida motivación lucrativa sobre la base de una cláusula agravante específica o de la citada cláusula general; pero se advierte también que existen tipos a los que no se les puede adscribir la referida motivación lucrativa, ni en sus cláusulas específicas ni generales, pues sus bienes jurídicos no son homologables a los del lavado de activos.
12. La ideación delictiva no debe ser siquiera sugerida para efectos de delimitar los delitos previos, pues no constituyen ilícitos penales y la simple ideación delictiva no involucra un acto objetivo de emprendimiento lucrativo. Se admiten actos preparatorios punibles como delitos previos, excluyéndose los actos preparatorios no punibles, ya que por sí solo no conforman una conducta

objetiva penalmente relevante, constituyen conductas pre-ejecutivas que implican un peligro de intensidad débil y requieren siempre de una actuación ulterior, además no constituye un ilícito penal. La tentativa constituye un tipo penal, aunque dependiente, idóneo para generar activos ilícitos; la tentativa inidónea y los delitos irreales, al no constituir conductas previas idóneas (transformadoras) y suficientes para generar activos ilícitos, están excluidos, lo que pasa también en los casos de ausencia del tipo; el desistimiento, involucra un acto de emprendimiento lucrativo ilícito del que puede devenir activos ilícitos. La consumación y agotamiento son etapas donde siempre será posible la presencia de activos ilícitos; incluso en supuestos donde el agente ha actuado en situaciones de inculpabilidad o de causales de exención de pena o extinción de la acción penal.

13. El activo ilícito solo tendrá apariencia de licitud a través del proceso de lavado, por lo que las únicas formas en que el capital adquiera licitud son a partir de su decomiso o incautación, de su reincorporación al ámbito de dominio del titular legítimo o, en los supuestos de mezcla, en los casos de ruptura de la cadena de operaciones por intervención de terceros de buena fe.

14. Las clases de tipos penales identificados por la dogmática penal permiten identificar solo algunos criterios limitantes relevantes. Así tenemos: los delitos culposos o delitos incongruentes por exceso objetivo, no son idóneas para generar activos ilícitos por su falta de relevancia y porque es producto del error, lo que no es asimilable a emprendimientos lucrativos, además, su reproche tiene base en el incumplimiento de deberes de cuidado, lo que no es ni genera ni

implica actividad económica ilícita, en ellas el agente no quiere causar el resultado; y, tampoco los delitos omisivos propios, porque el sujeto activo no efectúa un movimiento corporal, no involucra una actividad productiva, contrario a los delitos de omisión impropia que si involucra un emprendimiento económico en modo omisivo. Cabe resaltar que los delitos de emprendimiento que demandan de ingentes recursos para la materialización de todo un proceso delictivo son típicos delitos previos destinados a la generación de lucro.

15. El criterio de gravedad de delimitación del delito previo es relevante sobre la base de que el lavado de activos busca prevenir la alteración de los sistemas económicos evitando que los activos ilícitos ingresen a los circuitos económicos legales y prevenir que determinadas conductas se conviertan en un negocio, dado su rentabilidad, a costa de la integridad de la sociedad. Existen delitos que por su ínfima lesividad no solo para la generación de activos suficientes e idóneos para poner en peligro el sistema económico formal, sino además para su propio objeto, no resulta justificado incluirlas en el catálogo de delitos previos. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, la ampliación desmesurada de los hechos previos genera un control económico y social excesivo, lo cual repercute en un desgaste judicial innecesario. Este criterio de gravedad debe estar definida por aquellos tipos que sancionan la conducta productiva ilícita con una pena privativa de la libertad; y, aquellos que generen activos con un valor igual o superior a una UIT, en la medida de que esta define el quehacer económico. En cuyo caso es necesaria la prescripción del lavado por debajo de una UIT, en condición de faltas, como se hace con las faltas contra

el patrimonio; considerando las particularidades del delito continuado, si en conjunto superan el límite de una UIT.

16. Los delitos de despojo (criterio rentístico), involucran la negación a la posibilidad de ejercer el dominio legítimo de un bien, en estos la acción delictiva será la conducta productora de los activos y los bienes obtenidos los activos objeto del delito de lavado de activos. La conducta siempre debe implicar un quiebre ilícito del dominio legítimo sobre la cosa, y puede ser a través del engaño, la violencia, o algún otro tipo de abuso legalmente reprochado, siempre ilícito. Las conductas de despojo involucran un impulso rentístico, como voluntad de usurpación y enajenación de intereses y potestades jurídicas legítimas, lo que adscribe la cualidad de ilícita al bien sobre el cual recae, su valor para efectos jurídicos deja de ser lícito y se convierte en ilícito, la cual solo podría ser incorporado al tráfico económico legal, a través de los actos propios del lavado de activos. No es que los tipos penales sancionen expresamente como conductas típicas actos de despojo, sino conductas asimilables al despojo o que contienen la naturaleza de esta, cuyo *quid* radica en la ruptura del poder de dominio sobre el bien ejercido por su legítimo poseedor y/o propietario. El bien ilícito que derive de otro ilícito (hurto de un bien ya robado), solo implica la reproducción de la cualidad ilícita del objeto; en estos supuestos, se ha generado un nuevo hecho que solo replica la ilicitud. Una conducta de la categoría de delitos de despojo contiene los siguientes elementos: el bien debe tener valor económico; el sujeto pasivo debe tener relación lícita con el bien; debe existir un quiebre en el ejercicio del dominio del bien que decanta en la disminución económica del caudal patrimonial del

titular; ese quiebre debe implicar la potencialidad de abuso del bien; y, el bien sobre el cual recae el delito constituye el primer activo ilícito.

17. Los delitos de abuso (criterio rentístico) involucran el uso indebido de una especial posición o una superioridad material que da ventajas sobre otros. Las conductas típicas recaerán sobre valores o bienes jurídicos distintos a los puramente patrimoniales y, afectarán de manera directa bienes distintos a ellos, pero podrán generar activos ilícitos en una modalidad específica asimilable a una contraprestación, es decir, el activo derivará de manera indirecta o posterior a la conducta ilícita productora. Es abuso en la medida que los agentes están especialmente formados, son conocedores del complejo sistema económico y de las leyes que le brindan especial capacidad para eludir sanciones, corromper a las entidades fiscalizadoras y sancionadoras, tienen vínculos especiales con el poder político, los agentes son personas aparentemente respetables y de elevada posición socioeconómica, y despliegan su actividad criminal en el marco del desempeño de su profesión, título y con abuso de poder. Contrario a la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, considero que constituyen delitos de abuso los delitos contra la administración pública, pues involucran el abuso de un cargo o poder especial que el agente explota para obtener activos ilícitos, están enfocadas hacia la obtención de réditos económicos.

18. Los delitos de producción (criterio rentístico) son actos de emprendimiento destinado a la creación de bienes y servicios para la obtención de riquezas. Tienen que constituir actividades nocivas que permitan la fabricación, elaboración u obtención de bienes y servicios; las que sometidas a la prestación

(también ilícita), generan una contraprestación o lucro. Requiere una actividad humana (el trabajo), el objeto (las cosas) y los medios de producción (ilícitos). Cualquiera puede ser un agente productivo ilícito, basta que el emprendimiento, cuya acción este sancionada por una norma penal, este orientada a la obtención de lucro; pues tanto el emprendimiento ilícito organizado como individual, como en los casos de las empresas formales, se rigen por el máximo beneficio, aplicando en el proceso *inputs* de naturaleza ilícita, para obtener *outputs* de naturaleza lucrativa. El termino productivismo, asociada a la actitud tendiente a la búsqueda del crecimiento sin valorar los costes sociales, demarca de mejor manera esta categoría, por eso más que de delitos de producción, debemos referirnos a productivismo delictivo. Ahora, el bien generado es independiente del producto o servicio ofertado; esta deriva de una conducta productiva, aquella de la oferta y/o demanda o estrictamente de la comercialización del producto o servicio ilícito. Los actos de productivismo ilícito comprenden un complejo proceso productivo desarrollado al modo de una empresa formal, en la que confluyen factores de producción, capital y trabajo, con el fin de producir bienes y servicios, por ello, en la mayoría de los tipos se identifica conductas de producción, procesamiento, traslado, comercialización, y otros; sancionados individualmente, pero que conforman una serie de actos sucesivos de producción.

RECOMENDACIONES

En el contexto del trabajo de investigación desarrollado, formularia algunas recomendaciones concretas, orientadas a delimitar de menor manera a los delitos precedentes con capacidad de generar activos ilícitos objeto de las operaciones de lavado de activos. Así tenemos:

1. De *lege ferenda*, se debe modificar el texto normativo en cuestión a fin de circunscribir los delitos previos de mejor manera, estableciendo: La relevante motivación económica en la actividad delictiva previa generador de los activos ilícitos objeto de las posteriores actos de lavado, en tanto que en ellas está presente el impulso rentístico, como el estímulo por obtener ganancias a través de conductas prohibidas; el uso de nomenclatura activos ilícitos, el cual orienta mejor la labor hermenéutica, en la medida que abarca todo tipo de productos delictivos, descartándose solo al dinero, bienes, ganancias, efectos o capital.
2. De *lege lata*, debe tenerse en cuenta al momento de determinar la cualidad del delito previo para generar activos ilícitos en los casos concretos, que las economías ilícitas de explotación de bienes y servicios proscritos son también estructuras económicas, por lo cual la actividad delictiva previa es aquella conducta económica ilícita, productora de activos ilícitos posibles de ser explotados. Así también, tenerse en cuenta el criterio de cierta homogeneidad entre el bien jurídico del delito previo y el del lavado, en la medida en que ambos deben involucrar actos de emprendimiento rentístico y afectación de bienes de

contenido económico, donde además debe tenerse presente el criterio de lucro como agravante genérica de la Parte General del Código Penal.

3. De *lege lata*, debe tenerse en cuenta al momento de determinar la cualidad del delito previo para generar activos ilícitos en los casos concretos, que: la ideación delictiva no conforma a los delitos previos; se admiten los actos preparatorios punibles, pero no los actos preparatorios no punibles; la tentativa constituye un tipo penal dependiente idóneo para generar activos ilícitos; la tentativa inidónea y los delitos irreales, al no constituir conductas transformadoras y suficientes para generar activos ilícitos, están excluidos, lo que pasa también en los casos de ausencia del tipo; el desistimiento, involucra un acto de emprendimiento lucrativo ilícito del que puede devenir activos ilícitos; y, la consumación y agotamiento son etapas donde siempre será posible la presencia de activos ilícitos, incluso en supuestos donde el agente ha actuado en situaciones de inculpabilidad o de causales de exención de pena o extinción de la acción penal.
4. De *lege lata*, debe tenerse en cuenta al momento de determinar la cualidad del delito previo para generar activos ilícitos en los casos concretos, con relación a las clases de tipos penales, que: los delitos culposos o delitos incongruentes por exceso objetivo, no son idóneas para generar activos; y, tampoco los delitos omisivos propios, contrario a los delitos de omisión impropia que si involucra un emprendimiento económico en modo omisivo.
5. De *lege ferenda*, se debe modificar el texto normativo en cuestión a fin de circunscribir los delitos previos de mejor manera, estableciendo: El criterio de gravedad definida por aquellos tipos que sancionan la conducta productiva ilícita

con una pena privativa de la libertad; y, aquellos que generen activos con un valor igual o superior a una UIT, en la medida de que esta define el quehacer económico. En todo caso es necesaria la prescripción del lavado por debajo de una UIT, en condición de faltas, como se hace con las faltas contra el patrimonio.

6. De *lege lata*, debe tenerse en cuenta al momento de determinar la cualidad del delito previo para generar activos ilícitos en los casos concretos, que: las conductas de despojo involucran un impulso rentístico como voluntad de usurpación y enajenación de intereses y potestades jurídicas legítimas, lo que adscribe la cualidad de ilícita al bien sobre el cual recae; las conductas de abuso recaerán sobre valores o bienes jurídicos distintos a los puramente patrimoniales y, afectarán de manera directa bienes distintos a ellos, pero podrán generar activos ilícitos en una modalidad asimilable a una contraprestación, es decir, el activo derivará de manera indirecta a la conducta ilícita productora, y contrario a la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, debe considerarse que constituyen delitos de abuso los delitos contra la administración pública, pues involucran el abuso de un cargo o poder especial que el agente explota para obtener réditos; y, las conductas de producción constituyen actividades nocivas que permitan la fabricación, elaboración u obtención de bienes y servicios, las que sometidas a la prestación generan una contraprestación o lucro, en este proceso se aplican inputs de naturaleza ilícita, para obtener outputs de naturaleza lucrativa.

7. De *lege lata*, debe tenerse en cuenta al momento de determinar la cualidad del delito previo para generar activos ilícitos en los casos concretos, que el termino

productivismo, asociada a la actitud tendiente a la búsqueda del crecimiento sin valorar los costes sociales, demarca de mejor manera la categoría de delitos de producción, por eso debemos referirnos a productivismo delictivo, donde el bien generado es independiente del producto o servicio ofertado; esta deriva de una conducta productiva, aquella de la oferta y/o demanda o estrictamente de la comercialización del producto o servicio ilícito.

REFERENCIAS

- A. Hart, H. (2009). *El concepto de derecho* (Tercera ed.). (G. Carrio, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Aarnio, A. (2000). *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*. Ciudad de México, México: Fontamara.
- Abanto Vásquez, M. (2017). *El delito de lavado de activos análisis crítico*. Lima, Perú: Grijley.
- Alca Pérez , A. (2018). *¿Puede el delito de defraudación tributaria constituirse en delito previo al delito de lavado de activos? El Delito de Lavado de Activos* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Alcacer Guirao, R. (2001). *Lo fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación penal* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Araba Norales, W. E. (2018). *La Importancia Jurídica del Delito Precedente en el Delito de Lavado de Activos. El Delito de Lavado de Activos*. (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica .
- Arocena, G. (2004). Contrabando. En D. Carrera, *Derecho penal de los negocios* (págs. 179-259). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Aumann, R. (2012). *La teoría de juegos. Conversaciones con Sergiu Hart*. (C. Martín, Trad.) Salamanca, España: Sígueme.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal parte general* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2012). *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero* (Primera ed.). Navarra, España: Civitas.

- Balcarce, F. (2004). Delitos cometidos con cheques. En D. Carrera, *Derecho penal de los negocios* (págs. 115-136). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Barata, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. (A. Bunster, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Barral, J. (2003). *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.
- Baylos Corroza, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal* (Segunda ed.). Madrid, España: Civitas.
- Bentham, J. (2004). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bermejo, M. (2015). *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Blanco Cordero, I. (1889). Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. En I. Blanco Cordero, & e. alt, *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para el Perú* (págs. 91-222). Whashington, USA: Organización de los Estados Americanos – OEA. Obtenido de http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/oea%20cicad%20libro%204%20edicion.pdf
- Blanco Cordero, I. (2015). *El delito de blanqueo de capitales* (Cuarta ed.). Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. (R. de Asis Roig, Trad.) Madrid, España: Sistema.

- Borja Jiménez, E. (2009). Globalización y concepciones del derecho penal. *Estudios penales y criminológicos*(29), 141-206. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3138789>
- Borja Jiménez, E. (Abril de 2016). Sobre el objeto de tutela en los delitos patrimoniales de apoderamiento (hurto, robo, robo y hurto de uso de vehículos de motor). *InDret*(2), 1-24. Recuperado el 25 de Enero de 2021, de <https://indret.com/sobre-el-objeto-de-tutela-en-los-delitos-patrimoniales-de-apoderamiento-hurto-robo-robo-y-hurto-de-uso-de-vehiculos-de-motor/>
- Bourdieu, P., & Teubner, G. (2005). *La fuerza del derecho*. Bogotá, Colombia: Siglo del hombre editoras.
- Bustos Ramírez, J., & Hormazabal Malaree, H. (1997). *Lecciones de derecho penal* (Vol. I). Madrid, España: Trotta.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Treinta ed., Vol. 3). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Treinta ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Treinta ed., Vol. 8). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Treintava ed., Vol. 6). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cáceres Nieto, E. (2000). *¿Qué es el derecho? Lenguaje y derecho*. Ciudad de México, México: Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4325/8.pdf>
- Callegari, A. (2009). *Lavado de activos*. Lima, Perú: Ara Editores.

- Caro Coria, D. (1999). *Los delitos concursales en el derecho penal peruano*. Lima: el IV Congreso Internacional de Derecho Penal «El Derecho Penal ante las nuevas formas de criminalidad», organizado por la Pontificia Universidad. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de <https://www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/Del-Concursales.pdf>
- Caro Coria, D. (2017). La imputación objetiva en los casos de contaminación/descontaminación del objeto material en el blanqueo de capitales. En J. E. Carrión Días, & C. Viveiros, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal* (Primera ed., Vol. II, págs. 65-98). Lima, Perú: Grijley.
- Caro Coria, D. C. (2013). Sobre el tipo básico de lavado de activos. *Revista lecciones tributarias delitos tributarios y lavado de activos*(1), 181-241.
- Caro Coria, D. C. (2019). El delito previo en el delito de lavado de activos. En D. C. Caro Coria, & L. M. Reyna Alfaro, *El delito de lavado de activos en la jurisprudencia* (Primera ed., págs. 19-47). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Caro Coria, D., & Reyna Alfaro, L. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General* (Primera ed., Vol. I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Caro Coria, D., & Reyna Alfaro, L. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General* (Primera ed., Vol. II). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Carrera, D. (2004). Administración Fraudulenta. En D. Carrera et al., *Derecho penal de los negocios* (págs. 161-178). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Carrión Días, J., & Viveiro, C. (2017). *El delito de lavado de activos - aspectos sustantivos, procesales y de política criminal* (Primera ed.). Lima, Perú: Grijley.

- Cervini-Cesano, J. D., & Terradillos Basoco, J. M. (2008). *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo* (Primera ed.). Córdoba, Argentina: Alveroni Ediciones.
- Cohen, D. (2013). *Homo economicus, el profeta (extraviado) de los nuevos tiempos* (Primera ed.). (A. Herrera Ferrer, Trad.) Barcelona, España: Ariel.
- CONTRALAFT. (11 de Marzo de 2018). *Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo 2018-2021*. Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Lima: Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones. Recuperado el 21 de Enero de 2021, de Web Principal SBS: https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/LIST_INTERES/files/P%C3%B3litica_Plan_CONTRALAFT.pdf
- Creus, C. (1992). *Derecho penal parte general* (Tercera ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Cuello Contreras, J. (1978). *La conspiración para cometer el delito: Interpretación del art. 4, I, CP* (Primera ed.). Barcelona, España: Bosch.
- Defensoría del Pueblo. (2019). *Tratamiento penal del Tráfico Ilícito de Migrantes en el Perú: avances, desafíos y retos*. Lima: Defensoría del Pueblo. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de <https://www.defensoria.gob.pe/informes/informe-de-adjuntia-no001-2019-dp-adhpd/>
- del Carpio Delgado, J. (Octubre de 2016). Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales. *InDret*(4), 1-45. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de <https://indret.com/sobre-la->

necesaria-interpretacion-y-aplicacion-restrictiva-del-delito-de-blanqueo-de-capitales/

Duncan, G. (2014). *Más que plota o plomo. El poder político del narcotráfico en Colombia y México* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Debate.

Farré Trepal, E. (2011). *La tentativa del delito* (Segunda ed.). Madrid, España: Edisofer.

Feijoo Sánchez, B. (Julio de 2015). La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: unapeligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret*(3), 1-29. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de <https://indret.com/la-teoria-de-la-ignorancia-deliberada-en-derecho-penal-una-peligrosa-doctrina-jurisprudencial/>

Fernández Bermejo, D. (2019). El marco jurídico del delito de blanqueo de capitales. En D. Fernández Bermejo, & e. alt, *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas* (Primera ed., págs. 17-39). Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi.

Fernández Martínez et alt., J. M. (2012). *Diccionario Jurídico* (Sexta ed.). (J. M. Fernández Martínez, Ed.) Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Ferrojali, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, & R. Cantarero Bandrés, Trads.) Madrid, España: Trotta.

Gabilondo, J. (2019). *Globalizaciones. La nueva Edad Media y el retorno de la diferencia*. Madrid, España: Siglo XXI.

- GAFI. (2012). *LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI*. GAFI: GAFISUD. Recuperado el 5 de 1 de 2021, de GAFI WEB SITE: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>
- Gálvez Villegas, T., & Delgado Tovar, W. (2013). *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano* (Segunda ed.). Lima, Perú: Jurista Editores e Instituto de Derecho y Justicia.
- García Cárdenas, S. (2018). *El delito de peculado y su implicancia en el delito de lavado de activos en el sistema penal peruano (Tesis de maestría)*. Escuela de posgrado de la Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte: Escuela de posgrado de la Universidad Cesar Vallejo. Recuperado el 5 de 1 de 2021, de Escuela de posgrado de la Universidad Cesar Vallejo: <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/16134>
- García Caveró, P. (2007). *Derecho penal económico parte general* (Segunda ed., Vol. II). Lima, Perú: Grijley.
- García Caveró, P. (Agosto de 2013). Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento. *Lecciones tributarias, delitos tributarios y lavado de activos*, 152-177.
- García Caveró, P. (2013). *El delito de lavado de activos*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- García Caveró, P. (2014). *Derecho penal económico parte general* (Tercera ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- García Caveró, P. (2015). *Derecho penal económico parte especial* (Segunda ed., Vol. I). Lima, Perú: Instituto Pacífico .

- García Cavero, P. (2015). *Derecho penal económico parte especial* (Segunda ed., Vol. II). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2015). *Derecho penal económico parte especial* (Segunda ed., Vol. III). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (Tercera ed.). Lima, Perú: Ideas.
- Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. (2017). *La argumentación en el derecho* (Tercera ed.). Lima, Perú: Palestra.
- Gimeno Sendra, V. (1996). *El proceso de habeas corpus* (Segunda ed.). Madrid, España: Tecnos.
- Giner et al., S. (2013). *Diccionario de sociología* (Segunda ed.). Madrid, España: Alianza Editorial.
- Gómez-Jara Díez, C. (2014). *LA protección transnacional de los mercados financieros*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gonzales Barrón, G. (2019). *Derechos reales* (Cuarta ed., Vol. I). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Guimaray Morí, E. (2015). *Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios*. En I. d. humanos, *Aproximación multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú* (Primera ed., págs. 57-111). Lima, Perú: Promoción de la Justicia y la Integridad en la Administración Pública (Pro-Integridad) de USAID.
- Günther, J. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Segunda ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Murillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.

- Herrera Guerrero, M. (Junio de 2016). La prueba de la procedencia delictiva de los bienes en el delito de lavado de activos. *Actualidad Penal*, 24, 210-223.
- Hormazabal Malaree, H. (1992). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal* (Segunda ed.). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Huayllani Vargas, H. (27 de Octubre de 2016). *El Delito Previo en el Delito de Lavado de Activos (Tesis de maestría)*. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 05 de 1 de 2021, de TESIS PUCP: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7377>
- Hurtado Pozo, J. (2016). *El sistema de control penal. Derecho Penal General y Especial, Política Criminal y Sanciones Penales* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Javato Martín, A. (Julio de 2011). Libertad de reunión y Derecho penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código Penal. *InDret*(3), 1-49. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de <https://indret.com/libertad-de-reunion-y-derecho-penal-analisis-de-los-articulos-513-y-514-del-codigo-penal/>
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal parte general* (Primera ed., Vol. II). (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Jiménez Valderrama, F., & García Rodríguez, L. (2015). El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal. *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 9(35), 159-178. Recuperado el 26

de Enero de 2021, de

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6629476>

Kahlo, M. (2016). Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En R. Hefendehl et al., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (págs. 49-64). Madrid, España: Marcial Pons.

Kiss, A. (Enero de 2015). Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”? *InDret*, 1-26. Recuperado el 21 de Enero de 2021, de <https://indret.com/delito-de-lesion-y-delito-de-peligro-concreto-que-es-lo-adelantado/>

Lamas Puccio, L. (2016). *Lavado de activos y operaciones financieras sospechosas* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Lamas Puccio, L. (2017). *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Lombardero Expósito, L. (2009). *Blanqueo de capitales* (Primera ed.). Madrid, España: Bosch.

Madrigal Navarro, J. (Marzo de 2015). Delitos de peligro abstracto. fundamento, crítica y configuración normativa. *Revista Judicial*, 169-187. Recuperado el 21 de Enero de 2021, de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_115/pdfs/010delitos.pdf

Marín, J. (2008). *Derecho penal parte especial* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Marx, K. (2019). *El Capital. Crítica de la economía política. Antología*. (M. Sacristàn, Trad.) Madrid, España: Alianza Editorial.

- Mendoza Llamacponcca, F. (2016). El delito fuente en el lavado de activos. En J. Hurtado Pozo, *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de derecho Penal 2013-2014* (págs. 293-358). Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal parte general* (Noena ed.). Buenos Aires, Argentina: BdeF Montevideo - Buenos Aires.
- Modolell González, J. (2016). El tipo objetivo en los delitos de mera actividad. *Política criminal*, 11(22), 368-390. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=en
- Montoya Vivanco et al, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).
- Moreso, J., & Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Naredo, J. (2019). *Taxonomía del lucro*. Madrid, España: SIGLO XXI.
- Narváez Mora, M. (2004). *Wittgenstein y la teoría del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Naucke, W. (2015). *El concepto de delito económico-político*. (E. Sarrabayrouse, Trad.) Madrid, España: Marcial Pons.
- Navarro Frías, I. (2010). *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Madrid, España: Comares.
- Nino, C. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. (2008). *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales*. Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/Agosto/Investigacion_trafico_migrantes.pdf
- Ore Sosa, E. (2018). La problemática del delito de lavado de activos. En U. e. alt, *El delito de lavado de activos* (Primera ed., págs. 109-146). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Oré Sosa, E. (Enero de 2018). La procedencia delictiva en el delito de blanqueo de capitales. *Revista Institucional N° 13 AMAG*, 61-84. Obtenido de <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/1111>
- Ortiz Dorantes, A. (2001). *El delito de lavado de dinero* (Primera ed.). Ciudad de México, México: Porrúa.
- Pariona Arana, R. (28 de Diciembre de 2016). *La Ley*. Recuperado el 20 de Enero de 2021, de La Ley Web site: <https://laley.pe/art/3695/la-ilusion-de-la-ldquo-autonomia-rdquo-del-delito-de-lavado-de-activos>
- Pariona Pastrana, J. (2017). *El delito precedente en el delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y consecuencias procesales* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Paucar Chapa, M. (2013). *La investigación del Delito de Lavado de Activos – Tipologías y Jurisprudencia* (Primera ed.). Lima, Perú: Ara Editores.
- Perca Contreras , E. (2017). *El Delito De Enriquecimiento Ilícito como Actividad Criminal Previa del Delito de Lavado De Activos (Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la*

- Corrupción*). *Facultad*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 5 de 1 de 2021, de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10128>
- Pérez Bermejo, J. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Pérez Bermejo, J. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Placencia Rubiños, L. (2014). Apuntes para la determinación de la Cláusula Abierta del delito fuente en la estructura del delito de Lavado de Activos: A Propósito de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106. *Foro Jurídico*(13), 203-2017. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13787>
- Ponce Maluquish, L. (2017). *Normativa de lavado de activos y su relación con la defraudación tributaria (Tesis de maestría)*. . Unidad de Posgrado de la Facultad de Ciencias Contables de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Unidad de Posgrado de la Facultad de Ciencias Contables de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado el 5 de 1 de 2021, de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/6198?show=full>
- Popper, K. (2010). *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista* (Quinta ed.). (C. Solís Santos, Trad.) Madrid, España: Tecnos.
- Posner, R. (2004). La demanda de justicia no es independiente de su precio. En M. Castillo Freyre, & R. Vásquez Kunze, *Analizando el análisis. Autopsia del*

- análisis económico del derecho por el derecho civil* (Primera ed., págs. 53-63). Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Prado Saldarriaga, V. (1996). El tipo básico en el delito de tráfico ilícito de drogas. *Derecho & Sociedad*(11), 239-244. Recuperado el 21 de Enero de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14364>
- Prado Saldarriaga, V. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos* (Primera ed.). Lima, Perú: Idemsa.
- Prado Saldarriaga, V. (2016). *Criminalidad organizada parte especial* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima, Perú: Idemsa.
- Prats, E. (Agosto de 2019). Delitos financieros, autorregulación, gobierno corporativo y compliance en los mercados financieros. *Delitos contra el sistema financiero y el mercado de valores*, 3(6), 14-19. Recuperado el 29 de Enero de 2021, de https://paisdominicanotematico.com/revistas/Pais_Dominicano_Ed6.pdf
- Puschke, J. (Octrubre de 2010). Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito. *InDret*(4), 1-30. Obtenido de <https://indret.com/origen-esencia-y-limites-de-los-tipos-penales-que-elevan-actos-preparatorios-a-la-categoria-de-delito/>
- Putnam , H., & Habermas, J. (2008). *Normas y valores*. (J. Vega Encabo, & F. Gil Martín, Trads.) Madrid, España: Trota.
- Quintero Olivares, G. (2015). *Parte general del derecho penal* (Quinta ed.). Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi.

- Real Academia Española. (17 de ENERO de 2021). *Diccionario de la Lengua Española*, 23.4 en línea. Recuperado el 17 de ENERO de 2021, de 23.ª ed.: <https://dle.rae.es>
- Reátegui Sánchez, J. (2009). *La omisión impropia en el derecho penal*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Manual de derecho penal parte general* (Primera ed., Vol. I). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Reátegui Sánchez, J. (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Reátegui Sánchez, J., & Reátegui Lozano, R. (2017). *El delito de lavado de activos y el crimen organizado*. Lima, Perú: A&C Ediciones Jurídicas.
- Rimo, A. (Octubre de 2017). ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación. *InDret*(4), 1-79. Obtenido de <https://indret.com/impunidad-general-de-los-actos-preparatorios-la-expansion-de-los-delitos-de-preparacion/>
- Riquert, M. (2004). Delitos informáticos. En D. Carrera et al., *Derecho penal de los negocios* (págs. 303-345). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Rivera Diaz, J. (2004). *Robo y tráfico de bienes culturales*. Santiago de Chile: Facultad de Artes de la Universidad de Chile. Recuperado el 25 de Enero de 2021, de http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2004/rivera_j1/sources/rivera_j1.pdf
- Rodríguez García, N. (2017). *El decomiso de activos ilícitos* (Primera ed.). Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general* (Primera ed., Vol. I). (D.-M. Luzón Peña, M. García Conlledo, & D. Javier, Trads.) Madrid, España: Civitas.

- Ruggiero, V. (2018). *Los crímenes de la economía. Un análisis criminológico del pensamiento económico*. (D. Jiménez Franco, Trad.) Madrid, España: Marcial Pons.
- Salas Lozada, G. (1992). Los Delitos Contra la Propiedad Industrial en el nuevo Código Penal de 1991. *Thémis* (23), 107-114. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10963>
- Salinas Siccha, R. (2015). *Delitos contra el patrimonio* (Quinta ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Sanz, C. J., & Framis, A.-S. (2015). El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(17), 1-22. Recuperado el 31 de Enero de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5179758>
- Sartre, J.-P. (2004). *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona, España: Edhasa.
- Sartre, J.-P. (2005). *El ser y la nada. Ensayo de ontología fenomenológica*. (J. Valmar, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Schlack Muñoz, A. (2008). El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho*, 35(2), 261-292. Recuperado el 19 de Enero de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2699833>
- Schmerler Vainstein, D. (2010). Implicancias de la Suspensión de Exigibilidad de Obligaciones y de la Protección Patrimonial del Deudor Concursado en el Perú. *Derecho & Sociedad*(34), 295-305. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13350>

- Serra, F. d. (1991). Norma y ordenamiento jurídico en la constitución española. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(9), 39-56. Recuperado el 17 de Enero de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050877>
- Silva Sánchez , J. (2001). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Segunda ed.). Madrid, España: Civitas.
- Silva Sánchez, J. (2003). *Normas y acciones en derecho penal* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal* (Segunda ed.). Madrid, España: Civitas.
- Silvestroni, M. (2004). *Teoría constitucional del delito* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Simonetti, J. (Setiembre de 2016). Un orden problemático. En H. Olaeta, & H. Olaeta (Ed.), *Delincuencia económica organizada. Tres aproximaciones desde la riminología* (Primera ed., págs. 8-42). Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes. Recuperado el 18 de Enero de 2021, de Universidad Nacional de Quilmes Web site: <http://www.unq.edu.ar/advf/documentos/57f2722f3108a.pdf>
- Smith, A. (2019). *La riqueza de las naciones (Libros I-II-II y selección de los libros IV y V)*. (C. Rodríguez Braun, Trad.) Madrid, España: Alianza Editorial.
- Souto Miguel, A. (2005). *El delito de blanqueo en el Código Penal español*. Barcelona, España: Bosch.
- Tamames, R., & Gallego, S. (2010). *Diccionario de Economía y Finanzas* (Catorce ed.). Madrid, España: Alianza Editorial.

- Tomás de Aquino, S. (1993). *Suma de Teología II* (Vols. Parte I-II). Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Toyahama Arakaki, M. (2011). El delito de lavado de activos a propósito del Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Dialogo con la jurisprudencia*(154), 189.
- Traballini de Azcona, M. (2004). Delitos contra la propiedad industrial. En D. P. Carrera et al., *Derecho penal de los negocios* (págs. 81-113). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Viada, N. (2009). *Derecho penal y globalización: Cooperación penal internacional*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Villacampa Estiarte, C. (Enero de 2012). Trata de seres humanos y delincuencia organizada. *InDret*(1), 1-35. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de <https://indret.com/trata-de-seres-humanos-y-delincuencia-organizada/>
- Villanueva Gutiérrez, W. (2013). El fideicomiso y sus implicancias tributarias. *Ius Et Veritas*(47), 264-277. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11946>
- Villavicencio Terreros, F. (2009). *Derecho penal parte general* (Primera ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Wessels, J., Bulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal Parte General. El delito y su estructura* (Primera ed.). (R. Pariona Arana, Trad.) Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Wittgenstein, L. (2009). *Los cuadernos azul y marrón* (Quinta ed.). (F. Gracia Guillén, Trad.) Madrid, España: Tecnos.

- Yacobucci, G. (2005). Los tipos penales relacionados al crimen organizado. En G. Yacobucci et al., *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización* (págs. 73-122). Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Yacolca Estares et al., D. (2010). *Introducción al derecho financiero y tributario*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Yauri Cuadros, I. (2018). *Relación entre el delito de cohecho y delito de lavado de activo (Tesis de maestría)*. Escuela de posgrado de la Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte: Escuela de posgrado de la Universidad Cesar Vallejo.
- Recuperado el 5 de 1 de 2021, de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/16136?show=full>
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal parte general* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal* (Primera ed.). Granada, España: Comares.