

VALORACIÓN DEL DELITO PREVIO COMO PRUEBA DETERMINANTE EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

ASSESSMENT OF PREVIOUS OFFENSE AS A DETERMINING PROOF IN THE CRIME OF MONEY LAUNDERING

Pérez Burga Fátima Del Carmen¹

Fecha de recepción: 23 de octubre del 2017

Fecha de aceptación: 23 de noviembre del 2017

Resumen

En la legislación nacional, los límites en la acreditación del delito previo en el delito de lavado de activos, ampara una grave flexibilización de las garantías, a pesar de que los castigos que prevé son penas de prisión de larga duración.

El presente artículo pretende un atisbo de la jurisprudencia y legislación supranacional en torno a lo que se llama la valoración del delito precedente o delito previo en el delito de lavado de activos, pues la exigencia probatoria no puede estar supeditada a la gravedad del delito, es decir, se debe probar que los bienes objeto del delito tienen su origen en un delito determinado, concreto, sea en los casos de tipo base o agravado, se debe exigir el mismo nivel probatorio.

Palabras clave: delito previo, lavado de activos, prueba, política criminal

Abstrac

In the national legislation, the limits in the accreditation of the previous crime in the crime of money laundering, covers a serious relaxation of the guarantees, even though the punishments that it foresees are sentences of long term imprisonment.

This article seeks a glimpse of the jurisprudence and supranational legislation around what is called the valuation of the previous crime or previous crime in the crime of money laundering, since the evidentiary requirement can not be subject to the seriousness of the crime, it is In other words, it must be proven that the goods that are the object of the crime have their origin in a specific crime, be it in the cases of a base or aggravated type, the same probative level must be demanded.

Keywords: prior crime, money laundering, evidence, criminal policy

Introducción

En los últimos tiempos, los altos índices de criminalidad han condicionado una política criminal altamente represiva, con el anhelo de que las leyes severas resuelvan por sí mismas el problema de la criminalidad del lavado de activos. En este contexto se inserta la reciente reforma de la Ley de Lavado de Activos mediante el Decreto Legislativo N° 1249, orientado a fortalecer la sanción del delito de lavado de activos.

No obstante, esta modificatoria sigue siendo ambigua, pues no brinda un estándar de prueba que se requiere para construir legítimamente el delito de lavado de activos, pues el

¹ Catedrática de la Universidad Señor de Sipán. Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. fatimaperezb@crece.uss.edu.pe

origen ilícito está directamente vinculado a una actividad criminal, y es ahí, donde surgen los problemas de orden material y probatorio.

El presente artículo tiene como objetivo brindar argumentos y recomendaciones que se consideran de utilidad para la valoración de la prueba, la misma que no permita condenar a un ciudadano por la comisión del delito de lavado de activos, si no se prueba que los bienes que posee provienen de un determinado delito que se ha cometido previamente.

Cabe aclarar que el espíritu normativo en la lucha contra el lavado de activos no ataca ni intenta castigar el delito previo sino el acto mismo de lavar el dinero de procedencia *delictiva*, esto significa que la prueba se concentra en acreditar “el acto de lavado de un dinero de procedencia *delictiva*”. Cusi (2017)

ANTECEDENTES:

Internacional

España

Martínez (2017), en su tesis denominada “El delito de blanqueo de capitales”, menciona sobre el delito que antecede al blanqueo fuente del recurso a limpiar puede decirse que tal ilícito pertenece al elemento normativo del tipo de lavado y su prueba condiciona la tipicidad. Asimismo, el presupuesto de la conducta debe valorarse jurídicamente a fin de demostrar su existencia, pues sólo así es posible indicar que se ha actualizado el delito de blanqueo de capitales. En suma, como lo indica su nombre, el delito previo es anterior, no sobreviene luego, no guarda alguna relación con el ilícito sino que lo condiciona y opera como requisito cuya presencia no necesita ser conocida por los autores del delito

Ecuador

García (2016), en su tesis titulada “El delito previo en el lavado de activos”, nos señala que un requisito que ha perdurado en la historia del delito en el Ecuador, es su carácter de autónomo, pero dicha autonomía radica en su juzgamiento por permitir que el autor del delito previo también pueda ser enjuiciado por lavado de activos sin que exista por tal situación vulneración a la prohibición de doble juzgamiento. No se puede obviar la existencia del delito previo puesto que existe una conexión probatoria entre ambos. Al final, el lavado de activos solo podría ejecutarse ante la existencia de activos de origen ilícito, los cuales solo pueden generarse mediante un delito. Por lo tanto, concluye que el lavado de activos es dependiente del delito previo para su existencia. Tal dependencia obliga a que la prueba en el lavado de activos siga las reglas probatorias del delito previo e incluso puede extenderse hasta la posible inversión de la carga probatoria.

Nacional

Pariona (2015), en su artículo denominado “Consideraciones críticas sobre la llamada “autonomía” del delito de lavado de activos”, señala que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una autonomía sustantiva del delito de lavado de activos, sino únicamente una autonomía procesal. En nuestro país, para condenar legítimamente a una persona como autor del delito de lavado de activos se requiere, necesariamente, probar el origen ilícito de los bienes objeto del delito, lo cual únicamente puede hacerse probando la actividad criminal previa que originó el bien ilícito. Consideraciones político criminales, de orden lógico jurídico y estructurales sustentan que el delito de lavado de activos no es autónomo y que una pretendida autonomía sería contraproducente con los principios del Derecho penal de un Estado democrático de Derecho. El núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se emplea para su tipificación, exige siempre un vínculo

normativo con el “delito previo” concreto que originó los bienes ilícitos. Los intentos por construir una autonomía sustantiva no han tenido éxito, pero además, colisionan con diversas garantías constitucionales.

1) VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Salinas (2015) define la valoración de la prueba como una operación intelectual realizada por el Juez destinada a establecer la eficacia de las pruebas actuadas. Valorar la prueba consiste en evaluar si los hechos y afirmaciones alegados por las partes han sido corroborados.

La valoración de la prueba es efectuada por el Juez, quien debe tener presente tres aspectos, en primer lugar tendrá que percibir los hechos a través de los medios probatorios, los cuales en este sentido pueden ser directos, esto es, el Juez se encuentra en contacto inmediato con el hecho a probar, como sucede con la inspección ocular. En segundo lugar, el Juez deberá efectuar una representación o reconstrucción histórica de los hechos en su conjunto, en este caso además de utilizar los medios directos puede emplear los medios indirectos, los cuales sólo proporcionan datos, a partir de los cuales el Juez elabora un argumento para deducir la existencia de un hecho, como ocurre con los indicios. En tercer lugar, el desarrollará una actividad analítica o de razonamiento mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos. Linares (S/N)

(1.1.) La prueba indiciaria:

La prueba indiciaria, de acuerdo con Miranda (2014), es definida como aquella actividad intelectual de inferencia realizada por el juzgador (una vez finalizado el periodo de práctica de la prueba) mediante la cual, partiendo de una afirmación base (conjunto de indicios) se llega a una afirmación consecuencia (hipótesis probada) distinta de la primera, a través de un enlace causal y lógico existente entre ambas afirmaciones, integrado por las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica.

Así, la prueba indiciaria es entendida como aquella en la que el hecho principal que se requiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa además del razonamiento y es capaz por si sola de fundar convicción judicial sobre este hecho. Neyra (2014)

(1.1.1.) El indicio

La voz latina *indicium*, en términos etimológicos, implica indicar, conocer o referirse a algo particular. El vocablo *index* significa lo que se señala y lo que se hace referencia. Ambos encarnan la idea de dar a conocer algo que se encontraba oculto y que no se conocía en apariencia.

El indicio como tal no es otra cosa que todo rastro, vestigio o huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. De manera que el indicio, si bien es cierto que constituye fuente de prueba, todavía no es medio de prueba. Para que ello acontezca, es necesario que este sea sometido a un raciocinio inferencial, que permita llegar a la conclusión y que ella aporte conocimientos sobre el objeto de la prueba. Recién es en este estado que podemos hablar de prueba indiciaria. Dellepiane (1994)

En el campo procesal los indicios no son otra cosa que los signos, señales, indicaciones, rastros o huellas que se dispone y que hace presumir que un hecho, un acto, una actitud o una conducta pudo haber sucedido o que en efecto así sucedió. En otras palabras, es toda acción o circunstancia que se encuentra relacionada con un hecho que se investiga, y que permite inferir de su existencia y modalidades. Visto de

esta manera todo hecho que guarda relación con otro hecho puede ser llamado indicio. Diaz de Leon (2002)

San Martín (2003) precisa que el indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado. El indicio debe estar plenamente acreditado. El hecho base es la presunción, es un dato fáctico o elemento que debe quedar acreditado a través de los medios previstos en la ley.

(1.1.2.) La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos:

La clase de prueba que debe utilizarse en este tipo de delitos, dada su complejidad, deber ser la prueba indiciaria, en razón a que no es habitual que se pueda hacer uso de pruebas directas. La prueba indiciaria, resulta idónea e útil para suplir las carencias ante la imposibilidad de disponer de pruebas directas. La existencia de los elementos del tipo penal analizado deben ser inferidos – a partir de un razonamiento lógico – inductivo, apoyado en reglas de la inferencia que permitan llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas – de datos externos y objetivos acreditado, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema vinculante N° 1912-2005/Piura del 6 de setiembre del 2005, Acuerdo Plenario N°. 1-2006/ESV-22, de octubre del 2006.

Es exigencia que los indicios deban estar plenamente identificados y acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contra-indicios. Se debe explicar el juicio de inferencia de un modo razonable.

Si se trata de constatar la realidad del delito de lavado de activos, en orden a las exigencias que como método probatorio requiere la prueba indiciaria, se debe tener en cuenta:

- a. “Existencia de un hecho base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados-de modo que se refuercen entre sí-;
- b. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia, debe existir un enlace preciso, según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material];
- c. El razonamiento del tribunal ha de ser explícito y claro, en tanto que debe (i) detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción e inferencia, así como (ii) sustentar un discurso lógico, inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aun cuando sucinto o escueto, es imprescindible para posibilitar el control impugnatorio de la racional inferencia [perspectiva formal].

2) LAVADO DE ACTIVOS:

Antecedentes:

La represión penal del lavado de activos en nuestro país vino de la mano de la intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Si bien ya en la década de los ochenta se puso la atención en las organizaciones criminales que se formaban en torno al TID, el Decreto Legislativo N° 122 no castigó de forma específica el lavado de dinero obtenido por esta actividad ilícita. Fue a raíz del compromiso internacional asumido con la Convención de

las Naciones Unidas sobre drogas de 1988 para una lucha eficaz contra este tipo de criminalidad, que el legislador nacional tomó la decisión de criminalizar los procesos de lavado de bienes procedentes del narcotráfico. García (2013)

Durante sus primeros diez años la legislación penal contra el lavado de activos no adoptó esta sistemática. El D. Leg. N° 736 de 12.11.91, siguiendo el modelo de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89, introdujo por primera vez en nuestro sistema la penalización del blanqueo de capitales derivado del tráfico ilícito de drogas, mediante el art. 296- A del Código Penal que reprimía los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes derivados del TID, y el art. 296- B que sancionaba el lavado de dinero cometido a través del sistema financiero o mediante procesos de repatriación de capitales. Estas normas fueron prontamente derogadas por la Ley N° 25399 de 10.2.92, y mediante la Ley N° 25404 de 26.2.92 el lavado de activos, siempre derivado del TID, pasó a ser considerado como una modalidad agravada del delito de receptación patrimonial, y se introdujo como pf. 2° del art. 195 del CP. Tal regulación tampoco trascendió, en menos de dos meses la Ley N° 25428 de 11.4.92 la derogó, y reinstauró los arts. 296- A y 296- B en el Código Penal con similar redacción a la prescrita por el D. Leg. N° 736 de fuente argentina como se ha señalado. Las posteriores reformas del art. 296- B, a través de la Leyes N° 26223 de 21.8.93 y N° 27225 de 17.12.99, no cambiaron esta sistemática.

Las limitaciones de este régimen penal que no tuvo como fuente directa las Convenciones de Viena y de Palermo, y en particular por la limitación del blanqueo de capitales a los activos derivados del tráfico ilícito de drogas, dio lugar a una serie de propuestas prelegislativas, entre las que destacó el “Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos”, de la Comisión encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021- 2001- JUS10. El Anteproyecto propuso el tratamiento del blanqueo de activos como una modalidad de los delitos contra la administración de justicia, “Considerando que la finalidad principal en este delito es asegurar la incolumidad de las ganancias o bienes obtenidos ilícitamente” , y adoptó la sistemática impulsada desde la Convención de Viena de 1988 que diferencia entre actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, aunque con la ubicación sistemática propia de los delitos de encubrimiento real.

La Ley N° 27765 de 27.6.02, la denominada “Ley Penal contra el Lavado de Activos”, siguió varios de los lineamientos del Anteproyecto. Aunque se decantó por la instauración de una ley penal complementaria o ley penal especial, evitando así la discusión sobre el bien jurídico protegido y la ubicación de este delito en el Código Penal acorde con ello, la Ley N° 27765 recogió en esencia las descripciones típicas y las agravantes del Anteproyecto. Por un lado se tipificaron las conductas de conversión y transferencia (art. 1), ocultamiento y tenencia (art. 2), y un conjunto de circunstancias agravantes (art. 3), y se penalizó la omisión de reporte de operaciones sospechosas (art. 4). También se incluyeron reglas procesales de investigación relativas al levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil (art. 5), así como disposiciones sobre la amplia gama de delitos fuente, la autonomía o independencia del blanqueo de capitales frente al delito antecedente y la punición del autolavado (art. 6). Finalmente, se establecieron limitaciones y prohibiciones de acceso a beneficios penitenciarios (art. 7). Las reformas de la Ley N° 27765 a través de la Ley N° 28355 de 6.10.04, la Ley N°

28950 de 16.1.07, y del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, no modificaron sustancialmente la estructura de esta “Ley Penal contra el Lavado de Activos”.

(2.1.) El bien jurídico protegido:

Las posiciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de lavado de activos son muy diversas. En primer lugar, cabe mencionar a un sector crítico frente a la necesidad de recurrir a una represión penal del lavado de activos. A partir de un análisis de carácter eminentemente económico, este sector considera que el blanqueo de capitales no resulta ofensivo para el sistema económico, pues el sistema financiero es un instrumento neutro cuyo funcionamiento no se ve alterado por el origen de los capitales. Todo lo contrario, de alguna manera puede decirse que el dinero de lavado resulta positivo para el sistema económico, ya que la incorporación de los fondos ilícitos al mercado legal permite un control estatal sobre los mismos. Los capitales ocultos afloran en el sistema económico y, de esta manera, pueden ser controlados por la Hacienda Pública. García (2013)

Frente a los argumentos del sector doctrinal antes mencionados, se han esgrimido diversas críticas. En primer lugar, podría discreparse de la aparente inofensividad económica del blanqueo de capitales, pues evidente que, salvo que la economía esté diseñada para vivir de los fondos ilegales, la introducción de activos por cauces ilegales genera inevitablemente distorsiones en el sistema económico. Lo que no puede negarse es que las distorsiones en el sistema económico solamente tienen lugar en caso se introduzcan grandes cantidades de activos maculados. Pero ello no impide que se acuda a la lógica de la lesividad acumulativa para legitimar el castigo de estas conductas desde el punto de vista del sistema económico. Así, aun cuando una conducta de lavado de activos no genera por sí misma una distorsión en el orden económico, la sumatoria previsible de similares conductas podría generar la lesividad necesaria para legitimar la intervención penal. Por otra parte, y aun cuando la conducta individual no produzca una lesión en términos económicos, hay que tener presente que la dañosidad social no tiene que expresarse de manera sensible, sino como la defraudación de una expectativa normativa de conducta derivada de la identidad normativa de la sociedad en el sistema económico. Aránguez (S/N)

En este sentido la generación de una apariencia de legalidad sobre bienes de procedencia delictiva constituye una conducta incompatible con un aspecto esencial del sistema económico, a saber, que la conformación de un patrimonio socialmente reconocido solo puede tener lugar sobre la base del esfuerzo propio en actividades lícitas dentro de una economía de mercado.

Por lo que, según García (2013), resulta mayoritaria la línea de pensamiento que considera justificada la represión penal del lavado de activos de procedencia ilícita. La discusión surge, mas bien, cuando se aborda la cuestión que cuál es el bien jurídico penalmente protegido que justificaría la intervención penal.

(2.2.) Objeto material del delito de lavado de activos:

El objeto material del delito de lavado de activos constituye elemento nuclear del tipo de injusto alrededor del cual giran los otros¹⁸ y sobre el que, además de proyectarse las diferentes conductas típicas, se representa el bien jurídico protegido. Es característica fundamental del objeto material que tenga su «origen» («provenga», sea «producto» o esté «generado» —

expresiones empleadas por nuestro legislador—) o sea motivado por un hecho delictivo. Tratándose de un elemento integrante del tipo de injusto, es distinto al concepto de efecto o ganancia, aunque puedan llegar en ocasiones a coincidir.

En el D. Leg. 1106, el legislador previó que constituyen objeto material de los actos de lavado de activos tanto el dinero, bienes, efectos o ganancias (artículos 1 y 2), como los títulos valores (artículo 3). Este casuismo empleado para definir el objeto pudo bien haber sido superado con el término genérico de «bienes», de acuerdo a la definición planteada por las convenciones de Viena de 1998, Palermo de 2000 y Mérida de 2003, o como se prevé en la legislación española, al constituir una definición que aglutina todas las formas establecidas en la ley vigente. Los actos típicos deben efectuarse «con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso», retomándose la estructura del elemento subjetivo del injusto empleada en el texto original de la ley 2776523 (y que fuere modificada por el DLeg. 986), configurándose actualmente al lavado de activos como delito de peligro abstracto.

Con relación al valor económico del objeto material, el DLeg. 1106 establece —por vez primera en nuestra legislación penal— su relevancia para constituir una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal (artículo 4, tercer párrafo) o una agravante (artículo 4, primer párrafo, inciso 3). En efecto, en la primera norma citada, se dispone que «la pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años... cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias». En la segunda, se prevé que «la pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años... cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias».

Esta regla de valoración se basa en criterios de proporcionalidad que fueron anticipados por el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, cuyo fundamento de interpretación se encontró en el artículo 3 de la «Ley penal tributaria» (D-Legislativo. 813), aunque únicamente fuere postulado por dicho acuerdo como un «referente de determinación de la pena». Esto sin duda constituyó un importante avance al tratarse de un criterio que permitía concretar el principio de proporcionalidad en el ámbito de la valoración del valor o quantum económico del objeto material del lavado de activos.

Se aprecia, por ello, que en nuestra legislación —a diferencia del criterio del umbral económico que se había dispuesto en el sistema penal argentino— el monto involucrado de los bienes objeto del lavado no determina la tipicidad de los hechos que sustentan una imputación, sino que su verificación tiene relevancia como circunstancia (agravante o atenuante) modificativa de la responsabilidad penal. A nuestro juicio esto no descarta la relevancia de la interpretación teleológica —en empleo de la función dogmática del bien jurídico y del principio de insignificancia— como herramienta útil para evitar la hipertrofia punitiva que supone reprimir conductas de mero agotamiento, o aquellas que involucren montos patentemente insuficientes o de «cuantía irrelevante» (para crear un riesgo desaprobado contra la libre y leal competencia, operación interpretativa que debe evidentemente efectuarse valorando el contexto de actuación, a fin descartar que nos encontramos frente a actividades que constituyen un deliberado reparto de funciones dirigido a ensombrecer valores de menor cuantía; por ejemplo, a través de la modalidad del smurfing).

De acuerdo a lo previsto en nuestra actual legislación, los actos de lavado de activos recaen sobre dinero, bienes, efectos o ganancias (artículos 1 y 2) y títulos valores (artículo 3). Esto es, se proyectan sobre objetos de contenido económico que, a su vez, constituyen elemento objetivo

del tipo legal, siendo su determinación objeto de investigación y prueba. Sobre el valor de los montos involucrados —en todas estas expresiones del objeto material—, se determinará su naturaleza de circunstancia atenuante o agravante, según corresponda.

(2.3.) La autonomía procesal en el delito de lavado de activos:

Dada la configuración típica del delito de lavado de activos (técnica legislativa empleada), el primer problema que surgió fue la legitimación de las investigaciones en aquellos casos donde no se tenía certeza sobre el origen ilícito de los bienes. Se cuestionaba la legitimidad de las investigaciones, en aquellos casos donde no se había acreditado judicialmente que los bienes presuntamente ilícitos efectivamente lo eran. Del mismo modo, se cuestionaba que en muchos casos no existían siquiera investigaciones fiscales o procesos judiciales abiertos donde se investigaran los presuntos delitos que habrían originado los bienes objeto del delito de lavado de activos.

Dado que esta situación amenazaba con obstaculizar las investigaciones por lavado de activos, en la doctrina fue ganando terreno la idea de que el delito de lavado de activos debía ser considerado como un delito procesalmente autónomo, es decir, se debía permitir que el Estado investigue los casos de lavado, sin el obstáculo que supone, en esta etapa, probar ex ante el origen ilícito de los bienes objeto del delito.

El objetivo de las últimas reformas legislativas en nuestro país fue justamente solucionar este problema implementando en nuestra legislación una autonomía procesal del delito de lavado de activos. En virtud de esta autonomía, el Ministerio Público, órgano titular de la acción penal, tendría la facultad de iniciar una investigación por el delito de lavado de activos sin el requerimiento previo de que se constate fehacientemente que los bienes, dinero, efectos o ganancias, objeto del lavado, son de origen ilícito. Es decir, no es necesario que el delito fuente haya sido investigado o sancionado, lo importante es que la fiscalía cuente con indicios que permitan afirmar la conexión entre el objeto del lavado y el origen ilícito del mismo

La norma vigente - artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 - recoge expresamente esta autonomía procesal. En efecto, la norma refiere: “El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia judicial”. Como se puede observar, la ley penal es estricta al establecer una autonomía procesal, pues señala que para su “in-ves-ti-ga-ción” y “pro-ce-sa-mien-to”, no se requiere que la actividad criminal que produjo el dinero, es decir, el delito fuente, haya sido determinado. La norma no hace referencia alguna a la posibilidad de “sancionar” sin probar el origen delictivo del bien objeto del delito.

El establecimiento de la autonomía procesal a efectos de posibilitar que el Ministerio Público esté legitimado a investigar, sin el obstáculo que supone la obligación previa de determinar el origen ilícito de los bienes objeto del delito, resulta adecuado a los fines de la justicia, puesto que el objeto de la investigación es justamente, recién, la determinación de éste y otros elementos típicos. Sin embargo, el Ministerio Público tiene la obligación de informar al ciudadano investigado cuál es el presunto delito que habría originado los bienes objeto del delito de lavado (aun como hipótesis a probar durante la investigación).

Finalmente, sobre el modo como ha regulado este aspecto el mencionado Decreto Legislativo

Nº 1106, se evidencia claramente que el legislador ha incurrido en un exceso al señalar que para investigar a una persona por lavado de activos no se requiere siquiera que el delito que habría originado los bienes ilícitos haya sido “descubierto”. Este extremo de la norma es claramente inconstitucional y su derogación, un imperativo en pro de la justicia.

3) EL DELITO PREVIO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS:

(3.1.) El delito precedente:

En el Acuerdo Plenario N°. 3-2010/CJ-116 queda claro que el “lavado de activos requiere previamente que se haya cometido otro delito, cuya realización en términos económicos es lo que busca ser lavado o legitimado. Los denominados “delitos fuentes” han sido y son una suerte de catálogos abiertos, pues siempre subsiste la posibilidad de que se agregue otro delito que no aparece en la lista. Se trata, obviamente, de una lista que incluye delitos graves, en tanto que son sancionados con severas penas privativas de la libertad con marcada orientación o lavadas. Su lógica deductiva es que estas actividades aparecen engarzadas en la generación de grandes cantidades de dinero sucio o de procedencia ilegal, las mismas que son legitimadas para de esa forma evitar la acción de la justicia, así, consta en el art. 6 de la Ley sobre lavado de activos, modificada por el D. Leg. N° 986, del 22 de julio del 2007”

El artículo 6 de la Ley N° 27765 establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentran sometidas a una investigación, proceso judicial o que hayan sido objetivo de sentencia condenatoria. Se reconoce una simple vinculación con la actividad de lavado de activos con el delito fuente o con los hechos procedentes, en tanto que no se supedita a las reglas de la accesoriedad puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, en el presente caso afectado por el lavado de activos.

Sin embargo, el delito fuente (precedente), es un elemento objetivo del tipo penal – como tal debe ser abarcado por el dolo – y su prueba condición de tipicidad. Sobre el particular, como ya se ha señalado, no es necesario que conste acreditada la comisión de un delito anterior con una sentencia, ni siquiera que exista una investigación en trámite, ni proceso judicial incoado. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva.

Según Mendoza (2014) El lavado de activos en tanto delito de conexión⁶³ exige para su configuración la previa realización de una actividad criminal idónea para producir el objeto material (dinero, bienes, efectos o ganancias). En la legislación derogada (ley 27765, artículo 6, segundo párrafo) se formuló una referencia al delito fuente mediante un catálogo abierto y una cláusula general por la cual se incluía en dicho concepto a «conductas punibles en la legislación penal como... u otros similares que generen ganancias ilegales»⁶⁴. En esta se excluyó no solo a la receptación como posible delito fuente; sino, además —como admite una interpretación de dicho precepto⁶⁵—, a los delitos «no similares» (al catálogo ejemplificado en dicha norma), aquellos que carecen de «aptitud» para generar ganancias ilícitas e, inclusive, a las faltas. Por su parte, en el texto vigente (DLeg. 1106, artículo 10, segundo párrafo), se hace similar referencia aludiendo a «actividades criminales como los delitos... o cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales».

(3.2.) La autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo

Uno de los elementos del tipo de delito de lavado de activos está constituido por el delito previo del cual proceden los activos que son ocultados, recibidos, transferidos o modificados. Ahora bien, si se afirma que el delito de lavado de activos es un crimen autónomo, debería sustentarse que aun el narcotraficante de armas – por dar un caso – que se involucra en las acciones constitutivas de lavado debe ser castigado por ese crimen. El tema, como se ha visto, reside en analizar si el lavado es una mera forma de encubrimiento calificado y un agotamiento del

crimen previo o bien un delito que merece ser imputado en un concurso con el delito base por cuanto la acción tiene otro desvalor y no afecta solamente la administración de justicia, sino el orden socioeconómico del estado.

La cuestión de la autonomía del delito de lavado se relaciona entonces con la carga de la prueba del delito anterior, y de esa forma es importante establecer cuáles son los requisitos que resultan necesarios considerar probadas en un juicio criminal para tener por acreditada tal circunstancia.

Es importante acotar que el delito de lavado de dinero es un crimen no tradicional, es la forma que tiene la criminalidad organizada para sustentar sus actividades ilícitas en el ámbito transnacional. A partir de las enormes e incalculables sumas de dinero que maneja el crimen internacional se ocasiona un daño continuo a la economía no solo en los Estados sino de la comunidad internacional. A esto debe sumarse el hecho de que el dinero que lavan las organizaciones criminales les permite lograr impunidad y sobornar a funcionarios públicos; por esto, se ha dicho que este tipo de crímenes constituye delitos que ponen en riesgo la estabilidad democráticas de los países.

En suma, no se necesita como fundamento razonado que exista una sentencia del delito previo del cual se origina la ilicitud del dinero (para probar el origen del dinero sucio), lo razonable es que exista fehacientemente la constitución de otro delito del cual proviene el dinero que se lava.

Según Pariona (2016) la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país han reafirmado siempre que la configuración del delito supone el acto de lavado de bienes de *origen ilícito*, y que este origen ilícito presupone que los bienes provienen de *actividades criminales*; y que estas actividades criminales se circunscriben *únicamente* a aquellos *delitos* graves *expresamente* señalados en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106. En consecuencia, de conformidad con las garantías constitucionales en materia de prueba y debido proceso, para condenar a un ciudadano por el delito de lavado de activos se requiere *probar* el origen ilícito de los bienes y, para dar por probado el “origen ilícito” de los bienes se debe *probar* que tienen su origen en un *determinado* delito previo, claramente identificado.

Por ello, la alegación de que “únicamente se debe probar el *origen ilícito* de los bienes y no la *actividad criminal previa* que produjo dichos bienes” resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de la prueba, pues resulta materialmente imposible probar el “origen ilícito” de un bien, sin tener la certeza de que provienen de un *determinado* delito previo, de un *de-li-to* concreto probado como tal (caso contrario no se podría hablar de “*delito*”). Si se condena a un ciudadano sin probar que los bienes provienen de un determinado *de-li-to*, estaremos frente a una *presunción de ilicitud* y, por tanto, expuestos ante el peligro de una *condena por sospechas*, que viola gravemente las garantías más importantes de la justicia democrática, y nos vuelca a una justicia irracional y arbitraria.

La reforma realizada mediante el Decreto Legislativo N° 1249 ha introducido, lamentablemente, el término *sanción* al primer párrafo del artículo 10° de la Ley, con lo que pareciera sugerir que se podría condenar a una persona aun cuando el delito que originó los bienes ilícitos no haya sido descubierto, se encuentre investigado o haya sido objeto de sentencia previa. Sin embargo, ¡por ventura!, la modificación legislativa no posibilita esta interpretación, puesto que el tipo penal no ha sido modificado en ninguno de sus elementos; es decir, después de la reforma, la estructura típica del delito de lavado de activos no ha cambiado

nada, los elementos del tipo penal contenidos en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley siguen siendo los mismos. En consecuencia, por mandato del principio de legalidad, y atendiendo a que el tipo penal exige que los bienes objeto del delito sean de origen ilícito, no se puede condenar a una persona si no se prueba – ya sea con prueba directa o con prueba indiciaria - que los bienes son efectivamente de origen ilícito.

Lo que sí habilita la reforma producida es el peligro de distorsión de la norma por una lectura equivocada de la ley, y más, si la ley se aplica en un ambiente represivo. Efectivamente, desde una anacrónica visión inquisidora y persecutora se podría legitimar el reclamo de una *sanción por sospechas*. Sin embargo, consideramos que la racionalidad se impondrá en la jurisprudencia como ha venido ocurriendo hasta ahora, donde los jueces de nuestra república no han permitido condenas por sospechas, sino que han legitimado una sanción únicamente allí donde se ha probado que los bienes o el desbalance patrimonial provienen efectivamente de la comisión de un determinado delito previo de entre los contemplados en el segundo párrafo del artículo 10º de la Ley.

En conclusión, tras la reforma, la estructura típica del delito de lavado de activos no ha cambiado absolutamente en nada. Por consiguiente, a la pregunta formulada al inicio, mi respuesta categórica sigue siendo la misma: ¿no se puede condenar a un ciudadano por la comisión del delito de lavado de activos, si no se prueba que los bienes que posee provienen de un determinado delito que se ha cometido previamente! Por ende, y haciendo uso de una terminología ya extendida, podemos concluir que el delito de lavado de activos, antes y después de la reforma, no tiene autonomía sustantiva.

Conclusiones:

Actualmente existen escasas sentencias condenatorias por lavado de activos, con lo que se evidencia la existencia de insuficiente material probatorio fehaciente, el mismo que radica en la falta de un estudio adecuado de la jurisprudencia y la concordancia de la misma en torno a lo que se llama el delito precedente, y en las dificultades que se presentan a la hora de construir la prueba indiciaria.

La exigencia probatoria no puede estar supeditada a la gravedad del delito, se debe probar que los bienes objeto del delito tienen su origen en un delito determinado, concreto, y en ambos casos se debe exigir el mismo nivel probatorio.

A pesar de las constantes modificatorias realizadas respecto al delito de lavado de activos, el tipo penal no ha sido modificado en ninguno de sus elementos, sólo se aprecian modificaciones en tanto a procedimientos y aumento de penas, con lo que no permite determinar la responsabilidad penal en el delito de lavado de activos si no se prueba que los bienes son efectivamente de origen ilícito.

Nuestra legislación determina al delito de lavado de activos como un delito autónomo, ello refiere al aspecto procedimental, lo que, dada la complejidad del delito, no brinda seguridad jurídica que permita determinar la responsabilidad penal, por cuanto no existen claras definiciones respecto a la parte probatoria del delito previo.

En nuestro medio nacional existen investigaciones paralelas por actividades relacionadas con el lavado de activos por parte de los distintos estamentos del estado, es decir, una investigación

propriadamente formal por un hecho criminal a cargo del Ministerio Público, y otra investigación con contenido político a cargo del parlamento, la que muchas veces, en contra o a favor, pone al descubierto o devela información privilegiada a favor del investigado y en contra de los intereses que corresponde al Ministerio Público.

Bibliografía:

Cusi, J. (2017). ¿Cuál es el estándar de prueba exigido para la configuración del delito de lavado de activos?. Recuperado de: <http://legis.pe/estandar-prueba-configuracion-lavado-activos/>

García, C. (2016). El delito previo en el lavado de activos. Tesis para obtener el grado de doctor. Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7082/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-54.pdf>

García, P. (2016). La prueba por indicio en el delito de lavado de activos. Recuperado de: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4646_la_prueba_por_indicios_en_el_delito_de_lavado_de_activos.pdf

Linares, J. (S/F). La valoración de la prueba. Recuperado de: <http://www.derechocambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm>

Márquez, S. (2017). Breve apunte sobre el delito fuente en el lavado de activos: flexibilidad no es irracionalidad. Recuperado de: <http://legis.pe/breve-apunte-delito-fuente-lavado-activos-flexibilidad-no-irracionalidad/>

Martínez, J. (2017). El delito de blanqueo de capitales. Tesis para obtener el grado de doctor. España. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/41080/1/T38338.pdf>

Mendoza, F. (2014). El delito fuente en el lavado de activos. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_11.pdf

Pariona, R. (2015). Consideraciones críticas sobre la llamada “autonomía” del delito de lavado de activos. Recuperado de: http://www.rpa.pe/media/articulos/Lavado_de_activos_-_Pariona_-_ADP_2015.pdf

Pariona, R. (2016). La ilusión de la “autonomía” del delito de lavado de activos. Recuperado de: <http://laley.pe/not/3695/la-ilusion-de-la-ldquo-autonomia-rdquo-del-delito-de-lavado-de-activos/>

Pariona, R. (2016). Sobre la autonomía procesal y el delito previo. Recuperado de: <http://laley.pe/not/3249/-puede-condenarse-a-una-persona-por-lavado-de-activos-sin-que-se-pruebe-el-delito-previo-/>